(فهرست الجزء الثاني من حاشية العلامة السيد محمد أبي السعود على شرح منلا مسكين)

الجزء الثاني من حاشية العلامة السيد محمد
أبي السعود المصري الحنفي المسماة
فتح الله المعين على شرح الكنز
للعلامة محمد منلا مسكين

رحمهما الله

تعالى

آمين

(الجزء الثانی)

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب النكاح)

ليس لنا عبادة شرعت من عهد آدم الى الآن ثم تستمر في الجنة الا النكاح والايمان درر وهو افضل من التخلي من وجوه الاول ان السنن مقدمة على النوافل بالاجماع الثاني انه ورد الوعيد على تركه بخلاف النوافل * الثالث انه عليه الصلاة والسلام واظب عليه وثبت عليه بحيث لم يخل عنه بل كان يزيد عليه ولو كان التخلي للنوافل افضل لفعله واذا ثبت افضليته في حقه ثبت في حق امته لان الاصل في الشرائع هو العموم والخصوص بدليل والرابع انه سبب موصل الى ما هو مفضل على النوافل لانه سبب لصيانة النفس عن الفاحشة ولصيانة نفسها عن الهلاك بالنفقة والسكنى واللباس ولحصول الولد الموحد بحر فان قيل ان الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بكونه سيدا وحصورا وهو من لا يأتي النساء مع القدرة عليه فلو كان الاشتغال به افضل لما استحق المدح بتركه قلنا نحن لا ننكر فضل التخلي للعبادة واستحقاق المدح به ولكن نقول الاشتغال بالنكاح افضل ويحتمل ان يكون ذلك في شريعتهم ثم نسخ في شريعتنا فصارت العشرة افضل من العزلة كما نسخت الرهبانية والخصا زيلعي والخصا هو الاعتزال عن النساء كما تفعل الرهبان كانه خصى معنى شيخنا عن خط الزيلعي (قوله لابد له من المال) اى في تحصيل السنة ان كان سنة وفي الخروج عن عهدة الواجب ان كان واجبا حموي (قوله فتناسبا) ولانه قد اجتمع فيه

(كتاب النكاح) كان الحج لايجب الا على من له المال النكاح لابد له من المال فتناسبا

(قوله ليس لنا عبادة الخ) فيه نظر اما اولا فان كونه عبادة في الدنيا انما هو لكونه سببا لكثرة المسلمين ولما فيه من الاعفاف وهذا مفقود في الجنة واما ثانيا فلان الذكر والشكر في الجنة اكثر منهما في الدنيا غايته ان ذلك بالطبع لا بالتكلف لان حال العبد كحال الملائكة حينئذ وتمامه في الحموي على الاشباه

دواعي الشرع والعقل والطبع ولم تجتمع في حكم من احكام الشرع غيره نهر فاما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهر واما دواعي العقل فان كل عاقل يحب ان يبقى اسمه ولا يمحى رسمه وما ذاك غالبا الا ببقاء النسل واما الطبع فان الطبع يدعو الى تحقيق ما اعد من المباضعات والاضطجاعات فلا مزجرة فيها اذا كانت باذن الشرع وان كانت بدواعي الطبع بل يؤجر عليه بخلاف سائر المشروعات عناية (قوله وهو في اللغة الضم) هذا احد اقوال اربعة وقيل انه حقيقة في الوطء مجاز في العقد وعليه مشايخنا وقيل عكسه وعليه الشافعي وقيل مشترك لفظي فيهما والمتبادر من لفظ الضم تعلقه بالاجسام لا الاقوال لانها اعراض يتلاشى الاول منها قبل وجود الثاني فلا يصادف الثاني ما ينضم اليه فوجب كونه مجازا في العقد لانه يؤول الى الضم لان الزوجين حالة الوطء يجتمعان وينضم كل الى صاحبه حتى يصيرا كالشخص الواحد شرنبلالية اولانه سببه كما ذكره الشارح واعلم ان ما ذكره الشارح مختار صاحب المحيط وغيره كصاحب الكافي والكفاية والزيلعي وهو بظاهره مخالف لما في المغرب والعناية من ان النكاح الوطء ثم قيل للتزويج مجازا لانه سبب الوطء المباح وقولهم النكاح الضم مجاز ايضا الا ان هذا من تسمية المسبب باسم السبب والاول بالعكس حموي وقوله الا ان هذا من تسمية المسبب اي الذي هو الضم باسم السبب الذي هو النكاح بمعنى العقد وقوله والاول بالعكس وهو تسمية السبب الذي هو التزويج باسم المسبب الذي هو النكاح بمعنى الوطء شيخنا (قوله ثم يستعمل في الوطء الخ) اي حقيقة كذا ذكره شيخنا قال ووجهه كما ذكره الكمال ان الوطء من افراد الضم والموضوع للاعم حقيقة في كل من افراده كانسان في زيد فهو من قبيل المشترك المعنوي اه قال في الشرنبلالية وعارضه صاحب البحر بما لم يرتضه شيخنا يعني المحبي (قوله وفي العقد) اي مجازا بدليل ما ذكره الشارح من التعليل شيخنا (قوله هو عقد يرد) اي يفيد او يثبت بحر والاقرب ان يكون بمعنى يأتي نهر قال في الشرنبلالية والمراد بالعقد الحاصل بالمصدر احترازا عن المعنى المصدري الذي هو فعل المتكلم كذا افاده المصنف يعني صاحب الدرر في منهيه اه وتحقيق هذا المقام يعلم بمراجعة نوح افندي (تتمة) في شرح المنهاج للعلامة ابن حجر ما يفيد ان انكحة أهل الجنة بالعقد كما في الدنيا حموي (قوله على ملك المتعة) اي النكاح عقد يرد على ملك المتعة في عرف اهل الشرع وهم الفقهاء لانه متى اطلق في الكتاب والسنة مجردا عن القرائن فهو الوطء فقد تساوى المعنى اللغوي والشرعي ولهذا قال قاضيخان انه في اللغة والشرع حقيقة في الوطء مجاز في العقد شرنبلالية عن البحر والمتعة حل استمتاع الرجل من المرأة كما في الدرر وهو يشير الى ان الحق في التمتع للرجل لا للمرأة ويتفرع عليه ما ذكره الابياري شارح الكنز في شرحه للجامع الصغير في شرح قوله عليه السلام احفظ عورتك الا من زوجتك أو ما ملكت يمينك من ان للزوج ان ينظر الى فرج زوجته وحلقة دبرها بخلافها حيث لا تنظر اليه اذا منعها من النظر (قوله احترازا عن البيع) والهبة ونحوهما زيلعي واراد بنحوهما الوصية حموي (قوله الا انه يرد تبعا لا قصدا) اذا لم يوجد ما يمنعه عيني وفي العبارة طول وكان يكفيه ان يقول لانه عقد يرد على ملك المتعة تبعا حموي (قوله واصله النفع الحاضر) وفي بعض النسخ الخاص فليحرر حموي (قوله وهو اسم من متع) اي

وهو في اللغة الضم ثم يستعمل في الوطء وفي العقد لانه سببه لوجود الضم فيه وفي العقد مجازا (هو عقد يرد على ملك المتعة قصدا) احترازا عن البيع لانه عقد يرد على ملك المتعة ايضا الا انه يرد تبعا لا قصدا والمتاع في اللغة كل ما انتفع به واصله النفع الحاضر وهو اسم من متع كالسلام من سلم ومتعة الحج ومتعة النكاح ومتعة الطلاق كلها من ذلك لما فيها من النفع كذا في المغرب

مطلب في انكحة اهل الجنة

اسم مصدر ومتع بالتشديد حموى (قوله وهو سنة) مؤكدة على الاصح عند القدرة على المهر والنفقة والوطء مع عدم الخوف من الزنا والجور وترك الفرائض والسنن نهر ثم اعلم ان قوله وهو سنة وعند التوقان واجب بيان لصفته لان له سببا وشروطا وركنا وحكما وصفة فصفته ما ذكره المصنف من كونه سنة أو واجبا وسببه تعلق بقاء العالم به بالتناسل وشرطه نوعان عام وخاص فالاول المحل القابل وهي امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي فخرج الذكر والخنثى المشكل لجواز ان يكون ذكرا وبقوله لم يمنع الخ الجنية فلا يجوز نكاحها وأجازه الحسن البصري بشهود والمحارم أيضا وسقوط الحد عند الامام لما انها محل في الجملة بدليل حلها لغيره ولم يسقطاه نظرا الى سبب محليتها وعليه الفتوى نهر وكذا خرج بقوله لم يمنع الخ انسان الماء أيضا لاختلاف الجنس شيخنا عن منية المفتي ومن شرطه العام الاهلية من العقل والبلوغ في الولي لا في الزوجين ولا في متولي العقد نهر ويزاد الحرية كما في الزيلعي وشرطه الخاص سماع اثنين بوصف خاص الايجاب والقبول شرنبلالية والظاهر ان المراد بالوصف الخاص لهم وما في الزيلعي من قوله وشرطه الخاص الاشهاد فيه قصور در وركنه الايجاب والقبول واو حكما كاللفظ القائم مقامهما كما في الشرنبلالية يعني من متولي الطرفين شيخنا وحكمه ثبوت الحل والملك له وثبوت حرمة المصاهرة زيلعي ثم النكاح عبارة عن مجموع الايجاب والقبول والارتباط الحاصل بينهما فالايجاب والقبول من اركان النكاح وقيل النكاح عبارة عن الارتباط المذكور والايجاب والقبول شرط حموي عن البرجندي وايضاح هذا المقام يعلم بمراجعة نوح افندي (قوله وقال الشافعي مباح الخ) لان النكاح من المعاملات حتى صح من الكافر والعبادة أولى منها لانها شرعت لله وشرع المعاملات للعباد ولنا قوله عليه السلام من كان على ديني ودين داود وسليمان وابراهيم فليتزوج وان لم يجد اليه سبيلا فيجاهد في سبيل الله فجعل النكاح من الدين وقدمه على الجهاد واختار لنفسه الاشتغال به فثبت انه أفضل وقد هم قوم ان يتخلوا للعبادة ويطلقوا نساءهم فرد عليهم وقال تناكحوا توالدوا تكثروا فاني أباهي بكم الامم يوم القيمة هذا أمر وقد عرف مقتضاه في موضعه وقال عليه السلام النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني زيلعي (قوله وعند التوقان الخ) فان تيقن الزنا الا به فرض در ووجوب التزوج ان كان بحال يخاف الوقوع في الزنا محمول على ما اذا لم يقدر على التسري كما في النهر وينبغي ان يراعى هذا في جانب الافتراض أيضا ولا بد في الوجوب من القدرة على المهر والنفقة وان لا يخاف الجور أي الظلم فان تاقه بحيث لا يمكنه الاحتراز عنه حرم والا كره وان خاف العجز عن الايفاء بمواجبه كان مباحا فاقسامه ستة بحر ولم يذكر الحرام منه لانه ليس من صفاته الخاصة نهر وفيه ان السنية والوجوب ليستا من صفاته الخاصة به أيضا حموي ويندب اعلانه وتقديم خطبته وكونه في مسجد يوم جمعة بعاقد رشيد وشهود عدول والاستدانة له والنظر اليها وكونها دونه نسبا وحسبا وعزا ومالا وفوقه خلقا وادبا وورعا وجمالا وهل يكره الزفاف المختار لا ان لم يشتمل على مفسدة دينية در فان تزوج امرأة لعزها وحسبها ومالها وجمالها لا يزداد الا ذلا وفقرا ودناءة ولا يتزوج مسنة للحديث سوداء ولود خير من حسناء عقيم ونكاح البكر أحسن واختلف في ضرب الدف الخالي عن الجلاجل وفي الغناء في العرس والوليمة ومنهم من قال بعدم الكراهة بحر ونهر والزفاف مصدر زففت العروس الى زوجها ازف بالضم زفا وزفافا وازدففتها بمعنى والمزفة المحفة التي تزف فيها العروس شيخنا عن الصحاح والظاهر ان الواو فيما سبق من قوله فان تزوج امرأة لعزها الخ بمعنى أو (قوله بالحركات الثلاث) اراد بها فتح التاء والواو والقاف وكان القياس هنا قلب الواو الفا لوجود موجب الاعلال حموي وهو تحرك الواو وانفتاح ما قبلها شيخنا (قوله أي عند اشتياق النفس الى النساء) والمراد شدة الاشتياق كما في الزيلعي بحيث يخاف الوقوع في الزنا (قوله وفرض كفاية عند بعض اصحابنا) ظاهر سياق كلام الشارح يقتضي ان الاختلاف في كونه فرض كفاية بالنسبة لحالة التوقان وهو خلاف ما يظهر من سياق كلام النهر حيث ذكر الاختلاف في كونه فرض كفاية أو واجبا على الكفاية أو على

مطلب في حرمة المناكحة بين بني آدم والجن وانسان الماء

(وهو سنة) وقال الشافعي مباح والافضل التخلي وعندنا هو افضل من التخلي لنفل العبادات (وعند التوقان) بالحركات الثلاث (واجب) وهو مصدر تاقت نفسه الى كذا اشتاقت اي عند اشتياق النفس الى النساء وعند الشافعي سنة ثم النكاح فرض عين عند اصحاب الظواهر وفرض كفاية عند بعض اصحابنا

التبيين

التعيين بالنسبة لحالة الاعتدال قال وينبغي ترجيح الوجوب حال التعيين لثبوت المواظبة عليه والانكار على من رغب عنه وبهذا يضعف القول باستحبابه جدا لكن قال في الفتح كثيرا ما يتساهل في اطلاقه على السنة (قوله وينعقد) أي يحصل ويتحقق درر (قوله بايجاب وقبول) الايجاب لغة الاثبات وعرفا الصيغة الصالحة لافادة ذلك العقد بقيد كونها أولا حموي سمي الايجاب ايجابا لانه يوجب وجود العقد اذا اتصل به القبول أو يثبت للآخر خيار القبول وليست الباء للاستعانة كما في كتبت بالقلم لانه ينافي كون الايجاب والقبول اجزاء مادية فهي للملابسة كما في بنيت البيت بالحجر والمدر درر وقد اشتمل التعريف على العلل الاربع فالايجاب والقبول في العقد علة مادية وكل من الموجب والقابل علة فاعلية والعقد الحاصل علة صورية وملك الاستمتاع هو العلة الغائية ولا خفاء في تقدمها ذهنا وان تأخرت خارجا . والانعقاد ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا وخرج بالايجاب والقبول الاقرار فلو قالت هو زوجي لم ينعقد على المختار واختار ابن الفضل انعقاده وحكاه في التنوير بقيل اذا كان بحضرة من الشهود وقوله لا ينعقد بالاقرار لا ينافيه ما صرحوا به من ان النكاح يثبت بالتصادق لان المراد بقولهم لا ينعقد بالاقرار أي لا يكون من صيغ العقد أي لا يكون لانشاء العقد والمراد من قولهم انه يثبت بالتصادق أن القاضي يثبته بالتصادق ويحكم به شيخنا عن خط الشيخ عبد الباقي المقدسي معزيا للحانوتي وفي الدرر عن قاضيخان ينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان اقرا بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد لا يكون نكاحا وان اقرت المرأة انه زوجها واقر الرجل انها امرأته يكون ذلك نكاحا ويتضمن اقرارهما بذلك انشاء النكاح بينهما بخلاف ما اذا اقرا بعقد لم يكن فانه كذب محض انتهى ولو قال لها يا عرسي فقالت لبيك انعقد على المذهب وخرج القبول بالفعل كقبض المهر وكذا لا ينعقد بالتعاطي وكذا بكتابة حاضر بل غائب بشرط اعلام الشهود بما في الكتاب در ويرفعه ما في البحر حيث قال وافاد المصنف ان انعقاد النكاح بكتابة احدهما يشترط فيه سماع الشاهدين قراءة الكتاب مع قبول الآخر سواء كتب زوجي نفسك مني فبلغها الكتاب فقالت زوجت أو كتب تزوجتك وبلغها الكتاب فقالت زوجت نفسي لكن في الوجه الاول لا يشترط اعلام الشهود وفي الوجه الثاني يشترط ظهيرية قال في البحر فقولهم يشترط حضورهما وقت قراءة الكتاب ليس على اطلاقه وهو مبني على ان صيغة الامر توكيل فقولها زوجت نفسي منه قائم مقام الايجاب والقبول فاكتفي بسماعه لانها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ولا يشترط الاشهاد على التوكيل واما على من جعل الامر ايجابا فلا بد من سماع قراءة الكتاب انتهى فما في الدر من قوله بشرط اعلام الشهود بما في الكتاب انما يمشي على اطلاقه على القول بان الامر ايجاب وكذا لا ينعقد بتزوجت نصفك في الاصح بل لا بد ان يضيفه الى كلها وما يعبر به عن الكل ومنه الظهر والبطن على الاشبه ذخيرة ورجحوا في الطلاق خلافه فيحتاج للفرق در قال في زواهر الجواهر وقد يقال ان الفروج يحتاط فيها فلا يكفي ذكر البعض لاجتماع ما يوجب الحل والحرمة في ذات واحدة فترجح الحرمة رهو مقتضى ما في الاشباه اذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام وقد علل قاضيخان بما ذكرنا حيث قال ولو اضاف النكاح الى نصف المرأة فيه روايتان والاصح انه لا يصح لاجتماع ما يوجب الحل والحرمة في ذات واحدة فترجح الحرمة اقول وقد صحح في الظهيرية انه ينعقد فيكون على هذا من فروع قاعدة ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله ومثله في حاشية الاشباه للحموي ومن شرط الايجاب والقبول اتحاد المجلس لو حاضرين وان طال كمخيرة در وان يكون القبول بعد ذكر ما اتصل بالايجاب من ذكر المهر حتى لو قبل قبله لا يصح كقولها تزوجتك بمائة دينار فقبل ان تقول بمائة قبل لا ينعقد لان اول الكلام يتوقف على اخره اذا كان في آخره ما يغير اوله شرنبلالية عن الفتح وان لا يخالف الايجاب القبول كقبلت النكاح لا المهر وان كان المال فيه تبعا شرنبلالية ايضا عن البحر نعم يصح الحط كزيادة قبلت في المجلس وان لا يكون مضافا ولا معلقا در فلو اختلف المجلس لم ينعقد بان اوجب احدهما فقام الآخر قبل القبول او اشتغل بعمل آخر ونحوه ما لو عقدا

(وينعقد) النكاح (بايجاب وقبول)

وهما يمشيان او يسيران على دابة بخلاف ما لو كانا فى سفينة وأن تعلم المنكوحة فلو زوج بنته منه وله بنتان لا يصح الا اذا كانت احداهما متزوجة فينصرف للفارغة نهر عن البزازية قال الحانوتى لعل المراد أن لا تكون مجهولة للشهود لانه لابد من التمييز عند الشاهدين ويأتى فى فصل لابن العم ان يزوج بنت عمه الخ لا ان المراد ان تكون معلومة للزوج لما قالوا من انه لو وكله ان يزوجه امرأة فزوجه من شوهاء الخ ليس له الخيار اللهم الا ان يقال هناك معرفة الوكيل هى المعتبرة لانه قائم مقامه وبالجملة لم أطلع الا على العلم للشهود وأما علم الزوج فلم أطلع عليه الى الان شيخنا عن خط الشيخ عبد الباقى المقدسى (قوله وضعا للمضى) أى وضعا فى أصل اللغة للاخبار عما حدث فى الزمان الماضى وانما اشترط ذلك لان البيع انشاء تصرف شرعى والنكاح كذلك والتصرف الشرعى لا يعرف الا بالشرع والشرع قد استعمل اللفظ الموضوع للاخبار عن الماضى لغة فى الانشاء ليدل على التحقيق والثبوت فيكون أدل على قضاء الحاجة درر (قوله أو احدهما) للمضى والآخر لغيره مستقبلا كالامر أوحالا كالمضارع بناء على انه موضوع له أما الاول فكما اذا قال زوجينى نفسك أو كونى امرأتى فقالت زوجتك أو قبلت أو بالسمع والطاعة وادعى فى شرح الدرر ان مازعمه المصنف من ان الامر ايجاب مخالف للكتب بل هو توكيل ورد بان ماذكره المصنف ليس تنافى انه ايجاب اذ كون احدهما للماضى يصدق بكون الثانى للحال ولئن سلمناه لا نسلم انه مخالف لكلامهم وأما الثانى وهو المضارع فان كان مبدوا بالهمزة كاتزوجك أو بالتاء كتزوجينى نفسك فقبلت انعقد ان لم يقصد به الاستقبال بخلاف الاول والمبدوء بالنون كنتزوجك اونزوجك من ابنى كالمبدوء بالهمزة نهر (قوله لاجل الفصل) بالجار والمجرور حموى (قوله بان يقول زوجنى الخ) الاولى كان يقول حموى وهو صريح فى ان الامر ايجاب وقد صرح به قاضيخان حيث قال لفظة الامر فى النكاح ايجاب وكذا الطلاق والخلع والكفالة والهبة الخ وكذا فى الخلاصة وذهب صاحب الهداية والمجمع الى ان الامر ليس بايجاب وانما هو توكيل وقوله زوجتك قائم مقام اللفظين أى الايجاب والقبول بخلافه فى البيع لما عرف من ان الواحد فى النكاح يتولى الطرفين بخلاف البيع أى لا يكون الواحد فيه أصيلا ووكيلا وهذا التوكيل ضمنى فلا ينافيه اقتصاره على المجلس فاندفع ما اعترض به منلا خسرو من ان صاحب الكنز خالف الكتب ولم يتنبه لما فى الهداية مع ان الراجح كونه ايجابا بحر فعلى ما هو الراجح من ان الامر ايجاب يكون تمام العقد قائما بالموجب والقابل وأما على انه توكيل فالواحد فى النكاح يتولى طرفى العقد فيكون تمام العقد قائما بالمجيب ولو قال باسم الفاعل جئتك خاطبا ابنتك أو لتزوجنى ابنتك فقال الاب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه شرنبلالية عن الفتح (قوله وانما يصح الخ) اعلم ان الالفاظ التى ينعقد بها النكاح نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ النكاح والتزويج وما عداهما وهو ما يفيد ملك العين فى الحال كناية ومن ثم أورد كيف صح بهذه الالفاظ مع اشتراط الشهادة فيه والكناية لابد فيها من النية ولا اطلاع للشهود عليها واجيب بانها ليست بشرط مع ذكر المهر قال السرخسى ولان كلامنا فيما اذا صرحا به أى بالمهر ولم يبق احتمال نهر وان لم يذكر يعنى المهر فلابد من النية شيخنا عن ابن فرشته ونقل الزيلعى عن جوامع الفقه ما نصه كل لفظ وضع لتمليك العين فى الحال ينعقد به النكاح ان ذكر المهر والا فبالنية واعلم ان جوامع الفقه تصنيف ابى يوسف (قوله بلفظ النكاح والتزويج) وبما يؤدى معناهما فان العبرة فى العقود للمعانى حتى النكاح كما صرحوا به وحينئذ لا يرد انه ينعقد بلفظ المراجعة ان ذكر المال كما فى الخانية وان خصه بعضهم بالمبانة دون الاجنبية كرددتك وبلفظ التعريس كعرستك نفسى كما فى الخانية ايضا حموى (قوله بان يقول نكحتك اوتزوجتك) لكن النكاح ينسب الى المتزوجين والتزويج الى الولى اوالمراة والنكاح يتعدى الى مفعول واحد والتزويج الى مفعولين يقال نكح الرجل امراة وزوجه اياها واما قولهم زوجت منه امراة فليس من كلام العرب حموى عن البرجندى و يشترط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر اذ لولاه لم يتحقق الرضا من الطرفين فلا ينعقد النكاح درر وفيه بحث وهو ان ظاهر هذا التعليل

(وضعا للمضى) بان يقول زوجت و يقول تزوجت (او احدهما) عطف على الضمير المرفوع فى وضعا مع عدم التأكيد لاجل الفصل بان يقول زوجنى فيقول زوجتك (وانما يصح عقد النكاح بلفظ النكاح والتزويج) بان يقول نكحتك اوتزوجتك فقالت قبلت

صاحب جوامع الفقه تصنيف ابى يوسف

يقتضى ان نكاح المكره غير صحيح وهو فى طرف المنع اذ النكاح من الاشياء التى لا يؤثر فيها الاكراه كالطلاق والعتاق واليمين قال فى التنوير وغيره وصح نكاحه يعنى المكره وطلاقه وعتقه ورجع بقيمة العبد ونصف المسمى ان لم يطأ فالصواب ان يسقط لفظ الرضا من البين ويقال فى التعليل اذ لولا السماع لم ينعقد النكاح ووجهه ان السماع شرط فى الايجاب والقبول كما صرح به فى المعتبرات واذا فقد الشرط فقد المشروط ومعلوم ان النكاح لا ينعقد بدونهما الانهمار كان له حموى واقول فى قوله وفيه بحث الى قوله وهو فى طرف المنع نظر ظاهر اذ غاية ما يستفاد من عبارة الدرر عدم انعقاده عند عدم الرضا منهما معا وهو مسلم وليس فيه ما ينافى صحة انعقاده اذا وجد الرضا من جانبها وان كان هو مكرها حتى يستقيم الرد عليه بعبارة التنوير والحاصل ان الرضا من جانبها شرط لا من جانبه استفيد هذا من مجموع عبارة القهستانى والتنوير اما استفادة اشتراط رضاها فمن كلام القهستانى حيث صرح بفساده اذا كان الاكراه من جهتها كذا ذكره كذلك فى فصل المهر واما عدم اشتراط رضاه هو فلما سبق عن التنوير من قوله وصح نكاحه يعنى المكره ومن هنا يعلم سقوط ما ذكره من التصويب وقوله فى التنوير ورجع بقيمة العبد الخ يعنى اذا اعتقه مكرها رجع على المكره بقيمة العبد وبنصف المسمى ان طلقها مكرها قبل الوطء (قوله وما وضع لتمليك العين فى الحال) اعترض بلفظ الشركة فانه يفيد تمليك العين ولا ينعقد به النكاح لانه كتمليك البعض بمنزلة تزويج النصف كذا نقل عن الناطفى وقال صاحب المحيط المراة لا تتجزا فى محلية النكاح فاذا اضيف النكاح الى نصفها يصح كما فى الطلاق فلا يرد الاعتراض حموى عن البرجندى (قوله كالهبة) والجعل والسلم ان جعلت راس مال السلم فان كانت مسلما فيها قيل لا ينعقد لان السلم فى الحيوان لا يصح وقيل ينعقد لانه اذا اتصل به القبض افاد ملك الرقبة ملكا فاسدا وليس كل ما يفسد المعنى الحقيقى للفظ يفسد مجازيه فقولهم الاصح انعقاده بلفظ البيع والشراء يعنى ولو فاسدا وفى الصرف والقرض والصلح والرهن قولان وينبغى ترجيح انعقاده بالصرف عملا بالكلية لانه يفيد ملك العين فى الجملة وبه ترجح ما فى الصيرفية من تصحيح انعقاده بالقرض وان رجح فى الكشف وغيره عدمه وجزم السرخسى بانعقاده بالصلح والعطية وابحث الاتقانى غيره ورجح فى الولوالجية عدم انعقاده بلفظ الرهن وهو الموافق للكلية وجعله فى فتح القدير من القسم الذى لا خلاف فى عدم الانعقاد به والواقع ثبوته نهر عن البناية واعلم انه يشترط لانعقاده بلفظ الهبة طلب الرجل منها النكاح حتى لو طلب منها التمكين من الوطء فقالت وهبت نفسى منك وقبل لا يكون نكاحا خانية وفى كشف البزدوى تشترط النية فى لفظ الهبة حموى عن البرجندى (قوله ولا ينعقد بالاجارة) اى بالراء المهملة بدليل قوله خلافا للكرخى لان عدم انعقاده بالاجازة بالزاى المعجمة مما لا اختلاف فيه على ما يعلم من كلامهم ولو جعلت المراة اجرة ينبغى ان ينعقد اجماعا لانه يفيد ملك الرقبة زيلعى بان قال لرجل استاجرت دارك بابنتى هذه شيخنا عن الحلبى وكذا اذا جعلت بدل خلع بان قال اجنبى اخلع زوجتك ببنتى هذه فقبل صح نهر (قوله خلافا للكرخى) فالكرخى يقول انه ينعقد بلفظ الاجارة والاعارة كما ذكره العينى فما ذكره الشارح لا يخالف ما ذكره العينى وقد سبق نظر السيد الحموى فيه (قوله لانها لم توضع لتمليك العين) كتمتع ورهن ورضا وابراء واقالة واعتاق وكتابة ونحوهما مما لا يفيد الملك فى الحال وذكر الشركة هنا فى كلام السيد الحموى باعتبار ان المراد بما يفيد ملك العين اى فى كلها فخرج ما افاده فى البعض فقط وهو الشركة بناء على القول بعدم صحة اضافة النكاح الى نصفها ونحوه بجزء شائع وقد علمت ما فيه وكذا الخلع والولاء والايداع كما فى حاشية الحموى عن المبسوط والمحيط فان قلت ان السيد الحموى عزا ما سبق من عدم انعقاده بالتمتع والاجازة بالزاى والرضا والابراء والاقالة والشركة والاعتاق والكتابة للزيلعى مع ان بعض هذه المذكورات لا وجود له فى الزيلعى قلت اشار شيخنا الى الجواب حيث ذكر ان عزوه للزيلعى بحسب ما دل عليه قول الزيلعى ونحوها ولهذا قال الشلبى فى حواشى الزيلعى قوله ونحوها اى الشركة والاعتاق والكتابة والولاء والايداع انتهى ومنه يعلم ان الحموى لو عزا جميع ما ذكره للزيلعى لكان

قوله والحاصل ان الرضا الخ هذا مخالف لعباراتهم فانها مطلقة فى ان نكاح المكره صحيح ولفظ المكره شامل للرجل والمراة وتمام تحقيقه فى رد المحتار فليراجع اه بحراوى

(وما وضع) اى يصح ما وضع (التمليك العين فى الحال) كالهبة والصدقة والتمليك والبيع قال الاعمش ولا ينعقد بالاجارة لا ينعقد بالبيع خلافا للكرخى لانها لم توضع لتمليك العين

صحيحا الشمول ونحوها وكان يغنيه عن عزو بعضها المبسوط والمحيط واعلم ان كل لفظ لا ينعقد به النكاح يثبت به الشبهة فيسقط الحد ولها الاقل من المسمى ومهر المثل (قوله ولا بلفظ الاحلال والاباحة) لان لفظهما لا يوجبان ملكا اصلا فان من احل لغيره طعاما او اباحه لا يملكه وانما يتلفه على ملك المبيح عناية واعلم ان الاقسام في الالفاظ التي ينعقد بها النكاح اربعة الاول ما ينعقد بلا خلاف وهو لفظ النكاح والتزويج والهبة والصدقة والتمليك الثاني ما لا ينعقد بلا خلاف وهو الاباحة والاحلال والاعارة والرهن والتمتع الثالث ما فيه خلاف والصحيح الانعقاد وهو البيع والشركة والسلم والصرف والقرض والصلح الرابع ما فيه خلاف والصحيح انه لا ينعقد وهو الاجارة والوصية المطلقة كذا ذكره الشيخ قاسم وجعله الرهن مما لا ينعقد به من غير خلاف يخالفه ما سبق عن النهر حيث حكى فيه قولين (قوله لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت) وعن هذا قيد الكرخي المسئلة بما اذا اطلق او اضاف اما اذا قال اوصيت لك بنتي الآن انعقد لانه حينئذ صار مجازا عن التمليك وارتضاه غير واحد قال في الفتح وينبغي ان لا يختلف في صحته حينئذ وخالف في البحر فقال المعتمد الاطلاق لان الوصية مجاز عن التمليك فلو انعقد بها لكان مجازا عن النكاح والمجاز لا مجاز له قال الحموي قلت فيه نظر فليتدبر قال شيخنا وجهه انه مجاز عن الحقيقة بمرتبتين لا مجاز عن المجاز هما كون الوصية مجازا عن التمليك وكونه مجازا عن النكاح واجاب في النهر بان معنى كون الوصية مجازا عن التمليك اذا قال الآن اى الخاص الذي هو النكاح لا المطلق فلا يرد ان المجاز لا مجاز له واعلم انه يرد على كلام المصنف ما لو قال زوج ابنتك مني فقال ارفعها واذهب بها حيث شئت يكون نكاحا عند ابن الفضل خلافا للولوالجية ولو قال جئتك خاطبا فقال الاب ملكتك كان نكاحا ولو قال صرت لي او صرت لك كان نكاحا عند القبول وقيل بخلافه ولو قال زوجي نفسك مني فقالت بالسمع والطاعة فهو نكاح واجاب في البحر بان العبرة في العقود للمعاني حتى في النكاح كما صرحوا به وهذه الالفاظ تؤدي معناه انتهى يعني انه اراد لفظ النكاح والتزويج وما يؤدي معناهما وفيه ما لا يخفى نهر ولم يظهر لي وجه الورود فيما اذا قال جئتك خاطبا فقال ملكتك لانه يفيد ملك العين للحال واعلم انه لا ينعقد بالالفاظ المصحفة اتفاقا كتجوزت ودخل تحت الكاف ازوجت بزيادة الهمزة فانه لا وجود له لغة فكان من التحريف والغلط فلا يكون حقيقة ولا مجازا الا ان يصطلح على الانعقاد بالالفاظ المصحفة والمحرفة قوم فيكون وضعا جديدا كما افتى به ابو السعود ردا لا ازوجت فانه استخراج كاتبه حين سئلت عنه وراجعت اللغة فلم اجده فكان تحريفا وغلطا لا حقيقة ولا مجاز العدم العلاقة بينه وبين المتعة فلا تصح الاستعارة فلا اعتبار به اصلا كما في التلويح انتهى كذا ذكره شيخنا وقوله حين سئلت عنه اى سئل عن انعقاده بلفظ ازوجت كما وقع من بعض اهل العلم يعني الشيخ ابراهيم الفيومي المالكي وقال ان الانعقاد به مذهبنا حين اعترض عليه وقد علمت عدمه كذا ذكره شيخنا ايضا (قوله وعند الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج) لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم حتى يراعى فيه مصالح المتناكحين ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا ولنا قوله تعالى وامراة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي الآية وقوله عليه السلام ملكتكها بما معك من القرآن وردا في النكاح ولان التمليك سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة في محل يقبلها والسببية طريق من طرق المجاز زيلعي واحترز بقوله في محل يقبلها عن البهائم والغلمان والمحارم شيخنا عن خط الزيلعي والمراد بالتلفيق الالتئام قال في العناية يقال لفقت بين ثوبين ولفقت احدهما بالآخر اذا لفقت بينهما بالخياطة (قوله عند حرين الخ) وتقبل شهادة المأمور اذا لم يذكر انه عقده بل قال هذه امرأته بعقد صحيح ونحوه وان بين لا تقبل شهادته على فعل نفسه ويرد عليه شهادة نحو القباني والقاسم فانها تقبل مع بيان انه فعله شرنبلالية عن البحر ولو تزوج بحضرة صبيين او صبيين او كافرين لم يحزفان بلغا او اسلما او اعتقا ثم شهدا عند القاضي اجزاه معين المفتي عن الذخيرة اقول كيف يجزئه والحال ان النكاح وقع غير صحيح اذ يشترط لصحته حضور حرين او حر وحرتين مكلفين

(قوله ولا بلفظ الاحلال والاباحة والاعارة ... لان هذه الالفاظ لا توجب ملك العين ... ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك ... مضافا الى ما بعد الموت وعند الشافعي ... لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج ... عند حرين) اى ينعقد عند حرين ... او حر وحرتين

مسلمين فينبغي ان لا يحكم القاضي بهذه الشهادة اذا علم الحادثة اما اذا لم يكن عالما بالحادثة فلا كلام في جواز القضاء بهذه الشهادة حموي (قوله عاقلين بالغين مسلمين) احترازا عما اذا كانا مجنونين او صبيين او كافرين والمراة مسلمة كما سياتي والمعتوهان كالصبيين والاصل ان كل من صلح ان يكون وليا فيه بولاية نفسه صلح ان يكون شاهدا فيه وقولنا بولاية نفسه لاخراج المكاتب فانه وان ملك تزويج امته لكن لا بولاية نفسه بل بما استفاد من المولى حموي عن البرجندي ثم الصبي والعبد وان لم يكونا اهلا للشهادة الا انهما أهل للتحمل حتى لو حضراه مع من تقبل شهادته ثم شهدا بعد البلوغ والعتق جاز نهر وقوله ثم شهدا الخ يعني بعد ما جحد النكاح أحد الزوجين (قوله وقال مالك ليس بشرط) يشكل بما سيأتي من ان الاشهاد شرط في الرجعة عنده (قوله انما الشرط الاعلان) وبه قال الزهري وأهل المدينة لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف وعلى هذا قال مالك لو عقد بحضرة شاهدين وشرط كتمان العقد لا يجوز لما روينا ولما روى عنه عليه السلام انه نهى عن نكاح السر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود ولا يلزمنا ما روياه يعني الزهري ومالكا لانه بحضور الشاهدين يحصل الاعلان ويخرج من ان يكون سرا زيلعي (قوله ثم سماع الشاهدين كلام العاقدين الخ) وهو الاصح بحر ويتفرع عليه عدم انعقاده بحضرة النائمين والاصمين خلافا لمن فرق بينهما كالزيلعي وتبعه العيني فقال انه ينعقد بحضرة النائمين على الاصح دون الاصمين في المختار لانه كما في البحر تحكم لان من قال بانعقاده بالنائمين قال بانعقاده بالاصمين كما في التجنيس وما في النهر من حمل النائمين على الوسنانين لا يجدي نفعا الا ان انعقاده بحضرة النائمين مفرع على القول باشتراط الحضور فقط ولا يصح تفريعه على القول باشتراط السماع بتأويل النائمين بالوسنانين لان من يشترط السماع يشترط الفهم والوسنان وان سمع ما يقال عنده الا انه لا يفهمه حموي (قوله واعيد العقد فسمع الآخر) يعني دون الاول لانه لو سمع الاول ايضا فلا خلاف في الانعقاد مطلقا اتحد المجلس او اختلف (قوله خلافا لابي سهل وابي يوسف) فانه ينعقد عندهما ان اتحد المجلس وهذا على احدى الروايتين عند أبي يوسف كما أفصح عنه القهستاني (قوله ثم فهم الشاهدين كلام العاقدين ليس بشرط الخ) مفرع على اشتراط الحضور فقط أما على اشتراط السماع مع الفهم فينبغي ان لا ينعقد نهر ولقد ابعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من جوزه بحضرة النائمين حموي عن الكمال (تتمه) تزوج امرأة بالعربية أو بلفظ لا يعرف معناه أو زوجت نفسها به ولم يعلما معناه انعقد لان العلم بمضمون اللفظ انما يعتبر لاجل القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجد والهزل وكذا الطلاق والعتاق والتدبير بخلاف البيع ونحوه در ر واراد بنحو البيع التمليك كما يعلم من كلامه وفي الشرنبلالية عن الكمال اختلفوا في الخلع قيل لا يصح وهو الصحيح وقال قاضيخان ينبغي ان يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا المتعة وكذا لو لقنت ان تبرئه وكذا المديون اذا لقن رب الدين لفظ الابراء لا يبرأ ونقل شيخنا عن الاشباه التكلم بما لا يعلم معناه يلزمه حكمه في الطلاق والعتاق والنكاح والتدبير لا في مسائل البيع والخلع على الصحيح فلا يلزمها المال والاجارة والهبة والابراء عن الدين كما في نكاح الخانية انتهى (قوله وقال بعضهم شرط) وهو الاصح قاله الحدادي (قوله وكذا روى عن محمد) اى انه لا بد من الفهم مع السماع (قوله وفي الذخيرة ان هذا القول هو الظاهر) يعني به ما سبق من ان الشرط الفهم مع السماع ولا بد من تمييز المسموع كلامه عند الشاهدين حتى لو سمع كلام امرأة من وراء جدار ان كان معها غيرها لا يصح والاصح ولو حاضرة اكتفى بالاشارة اليها وتوكيلها بالتزويج على هذا التفصيل ولو عقد لها الوكيل غائبة فان عرفها الشهود اكتفى بذكر اسمها ان علموا انه ارادها والا فلا بد من ذكر أبيها وجدها أيضا ولم يشترط الخصاف شيئا من ذلك حتى لو قال زوجت نفسي من موكلي أو من امرأة جعلت أمرها بيدي صح قال السرخسي والخصاف كبير في العلم يقتدى به وخرج بالحرين ما اذا كانا عبدين أو أحدهما مدبرا كان أو مكاتبا او معتق بعض نهر (قوله ولو فاسقين) لان الفاسق من اهل الولاية القاصرة على نفسه بلا خلاف فصلح شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيه فكانت الولاية قاصرة واطلق

(عاقلين بالغين مسلمين) اعلم ان
الشاهدين شرط فيه وقال مالك ليس
بشرط وانما الشرط الاعلان حتى
لو اعلنوا بحضور الصبيان والمجانين
يصح وعند الشافعي لا ينعقد الا عند
حرين ثم سماع الشاهدين كلام
العاقدين شرط لا نفس الحضور خلافا
للاسبيجابي والسغدي ولهذا ينعقد
بالعتقل والاخرس السامع ولا ينعقد
بالنائم وهو الاصح خلافا للاسبيجابي
والسغدي والمراد بالسماع سماعهما
معا حتى لو سمعا متعاقبين بان سمع
احدهما واعيد العقد فسمع الآخر
نظر ان اعيد في المجلس لا ينعقد عند
عامة العلماء خلافا لابي سهل وابي
يوسف وان اعيد في مجلس آخر
لا ينعقد اجماعا * ثم فهم الشاهدين
كلام العاقدين ليس بشرط وهو الاصح
كذا في الخلاصة حتى لو عقدا بالعربية
والشهود لم يحسنوا العربية جاز وقال
بعضهم شرط وكذا روي عن محمد وفي
الذخيرة ان هذا القول هو
الظاهر ثم ينعقد عندنا (ولو) كانا
(فاسقين)

في الفسق فيم مالوكان بالسكر لكن يشترط في انعقاده بحضرة السكارى ان يفهموا انه نكاح وان لم يذكروا
بعد الصحو زيلعي لكن في النهر عن الفتح والذي ادين الله به نفي شهادة السكارى في النكاح وان كانوا بحيث
يذكرونها بعد الصحو انتهى والتقييد بقوله في النكاح لبيان الواقع (قوله او محدودين في قذف) وقد تابا
وهذا القيد لابد منه والالزم التكرار نهر وفيه نظر اما اولا فلان قوله لابد من هذا القيد ممنوع لان
المقصود من اطلاق المصنف الاشارة الى خلاف الشافعي في الفاسق المظهر والمحدود قبل التوبة واما
المستور والمحدود بعد التوبة فلا خلاف له فيهما كما في شرح المجمع والحقائق نظهر ان قوله لابد من هذا
القيد فرية بلا مرية بل لابد من اعتبار عدم هذا القيد ومن ثم قال في البرهان أو محدودين في قذف غير
تائبين واما ثانيا فلان قوله والالزم التكرار ممنوع أيضا لان المحدود في القذف أخص مطلقا من الـ[illegible]
ولم يقل أحد ان ذكر الخاص بعد العام تكرار كيف وهو واقع في كلام الله تعالى الذي هو في غاية الاعجاز
على انه قد صرح في الحواشي السعدية من كتاب الاكراه بانه اذا قوبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا
الخاص هذا ولا يخفى ان في عبارة المصنف عطف الخاص على العام بأو وهو مما تفردت به او [illegible]
المغني حموي قال شيخنا ويجاب بما ذكره هو اي السيد الحموي في العنين عند قول المصنف [illegible]
من ان الفقهاء يتسامحون في ذلك انتهى أي يتسامحون في العطف بأو مطلقا ولو عطف خاص على عام
(قوله او اعميين) مخالف لما في الخانية من باب من لا تجوز شهادته حيث قال ولا تقبل شهادة الاعمى عندنا
لانه لا يقدر على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاشارة اليهما فلا يكون كلامه شهادة ولا ينعقد النكاح
بحضرته انتهى لكن قال شيخنا والترجيح بتقديم المتون واعلم ان النكاح وان كان ينعقد بحضرة الاعمى
لكن لا يقبل اداء الشهادة منه كما نقله شيخنا عن عزمي زاده فليس الخلاف الا في انعقاد النكاح بحضرته اما
عدم جواز اداء الشهادة منه فمما لا خلاف فيه (قوله وقال الشافعي لا ينعقد بهذه الشهود) لانه يشترط
العدالة والبصر عيني وقيل هذه المسئلة مبنية على ان الفسق لا ينقص من ايمانه وعلى ان الاعمال من
شرائع الاسلام لا من نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان ويزداد بالطاعة وينقص بالمعصية فجعل
نقصان الدين كنقصان الحال بالرق وغيره وهذا لا يستقيم لان الفاسق اذا اردت شهادته عند الاداء للتهمة
ولا تهمة هنا لتيقنه زيلعي (قوله او ابني العاقدين) بان وقع الطلاق بين الرجل وزوجته وجددا النكاح
عند ابنيهما وفي الخزانة اذا تزوج بشهادة ابنيه منها يجوز على الاصح ولكن لا تقبل شهادتهما للقريب
اذا وقع الجحود من أحدهما والمراد بالقريب معناه اللغوي لانه لا يطلق في العرف القريب على الابوين
حموي عن البرجندي (قوله سواء كانا ابناه منها او ابناه من غيرها) هذا على لغة من يلزم المثنى الالف وبه
يسقط ما قيل صوابه او ابنيه وهذا على ما وقع في اكثر النسخ وعليها كتب السيد الحموي من كون الفعل
ملحقا بالف التثنية فاسم كان ضمير التثنية وخبرها قوله ابناه وما بعده من الجار والمجرور متعلق بالخبر واما
على ما وقع في بعض النسخ من تجريد الفعل عن ضمير التثنية فلا يرد هذا اصلا لان اسم كان على هذا هو
قوله ابناه والخبر هو الجار والمجرور ثم في شمول المتن للصورة الثانية والثالثة من كلام الشارح نظر ذكره
الحموي ووجهه انه لا يطلق عليهما كونهما ابني العاقدين الا اذا كان أحدهما منه والآخر منها او كلاهما
من كل منهما وأجاب شيخنا بان كلامه على حذف مضاف اي ابني احد المتعاقدين انتهى والمراد ثبوت
البنوة لاحدهما مطلقا سواء ثبتت من الآخر أيضا ام لا فسقط ما عساه يقال يلزم على تقدير ذلك المضاف
عدم شمول المتن للصورة الاولى فتدبر (قوله وان جحدت تقبل) بخلاف ما اذا تزوجها بشهادة ابنيه [illegible]
ثم تجاحدا حيث لا تقبل شهادتهما مطلقا كما في الزيلعي معللا بانهما يشهدان لغير المنكر منهما ونحوه
ظاهر في ان المراد بابنيهما ابنا كل منهما ولا يتعين بل كذلك لا تقبل الشهادة عند التجاحد لو كان احدهما
ابنه والآخر ابنها لانه يلزم ان يكون أحد الفرعين شاهدا لاصله (قوله ذميين) موافقين لها في دينهم ولا
نهر والظاهر ان التقييد بالذميين للاحتراز عن الحربيين ويشهد له ظاهر كلام الزيلعي حيث قال

(اومحدودين) في قذف (او عميين)
(وقال الشافعي لا ينعقد بهذه
الشهود) (او ابني العاقدين) مطلقا
سواء كانا ابناه منها او ابناه من غيرها
او ابناها من غيره ثم لو كانا ابناه من
غيرها ان جحد فادعت فشهدا تقبل
وان كان الاب يدعي وهي تجحد
لا تقبل ولو كانا ابناها من غيره ان
ادعت لا تقبل وان جحدت تقبل كتابية
(ويصح تزوج مسلم ذمية)
(عند) شاهدين (ذميين)

قوله اوابناه لعله ابنيه منها او ابنيه

وللذمي شهادة على مثله فأفادان شهادة الحربي على الذمي لاتقبل والمستأمن حربي (قوله كتابيين) ليس بقيد كذا ذكر شيخنا فعلى هذا يجوز للمسلم العقد على الذمية بحضرة الذميين وان لم يكونا كتابيين كأن يكونا مجوسيين (قوله وقال محمد وزفر لايجوز) لان السماع في النكاح شهادة ولاشهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلامهما ولهما ان الشهادة شرطت فيه على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لاشهادة تشترط للزوم المال للزومه بدونها كالبيع ونحوه بخلاف ما اذا لم يسمعا كلامه لان العقد ينعقد بكلامهما والشهادة عليه شرط راجعوا ان اداءهما عند انكار المسلم غير صحيح اما عند انكارها فقبول عندهما مطلقا وقال محمد ان قالا كان معنا مسلمان وقت العقد قبل والا لا وعلى هذا الخلاف لو اسلما واديا وعنه انها لاتقبل مطلقا وهو الصحيح من مذهبه لانها قامت على اثبات فعل المسلم او على نكاح فاسد نهر (قوله وانما قيدنا بالكتابية الخ) أشار الى ان المصنف اطلق في محل التقييد اذ لايلزم من كونها ذمية ان تكون كتابية (قوله أي وكله الخ) فسر الامر بالوكالة لان الامر قد يكون وكالة وقد لايكون حموي (قوله صغيرته) الضمير راجع الى من والمستكن في قوله فزوجها راجع الى الرجل نهر (قوله عند رجل) أو امرأتين نهر (قوله لان الاب يجعل مباشرا الخ) قال في النهاية هذا التكلف غير محتاج اليه لان الاب يصلح ان يكون شاهدا في النكاح فلا حاجة الى نقل المباشرة من المأمور الى الآمر حكما ثم يحتاج اليه فيما لو أمرت البالغة وليها بتزويجها فزوجها عند رجل حاضر فان كانت حاضرة صح لا ان غابت وفي الغاية ارى انه محتاج اليه أيضا لان الاب اذا كان حاضرا لا يصلح ان يكون شاهدا في نكاح أمر به لان الوكيل سفير ومعبر فكأن الاب هو المزوج ولا يجوز ان يكون الاب شاهدا وقد يشكل ما قالوه لو زوج المولى عبده البالغ بحضرته وواحد صح ولاشك انه المزوج حقيقة وقد جعلوه شاهدا لكن هذا احد قولين وقال المرغيناني لايجوزوه والظاهر نهر (قوله سفيرا ومعبرا) أي رسولا قال في المغرب السفير الرسول المصلح بين القوم ومنه الوكيل سفير ومعبر يعني اذا لم يكن العقد معاوضة كالنكاح والخلع والعتق ونحوها مما لايتعلق به شئ ولا يطالب بشئ وجمعه سفراء شيخنا عن الغاية (قوله وان لم يكن حاضرا لايصح) لان الرجل يبقى وحده شاهدا وبه لاينعقد النكاح عيني (قوله بحضرتها ومع الاب شاهد آخر صح) بخلاف ما لو وكله ان يزوج عبده فزوجه بحضرة رجل أو امرأتين والعبد حاضر لايصح لعدم التوكيل من جهته عيني وفيه وان أذن لعبده ان يتزوج فتزوج بشهادة المولى ورجل آخر قيل يجوز قال في النهر وهو الاصح والفرق لايخفى وتبعه في الدر قال شيخنا وجه الفرق ان مباشرة السيد لم تكن فكالحجر بخلاف اذنه له فعقد بحضرة مولاه ورجل انتهى والمراد فك الحجر بالنسبة للتزوج فقط لامطلقا فسقط ما عساه يتوهم من صيرورته مأذونا له في التجارة ولما كانت ولاية الوكيل مستفادة من جهة السيد قال ان مباشرة السيد لم تكن فكالحجر وفي العيني لو زوج عبده البالغ بحضرة رجل وهو حاضر صح وان كان غائبا لا وعلى هذا الامة وقال المرغيناني لايجوز وقوله وعلى هذا الامة يعني اذا زوج المولى أمته البالغة بحضرة رجل وهي حاضرة صح والا لا لكن ذكر في الدرانه لم يجز على الظاهر موافقا لما سبق عن المرغيناني من عدم الجواز وعليه فلا فرق في عدم جواز تزويج المولى امته البالغة بحضرة رجل بين ان تكون حاضرة ام لا (قوله لان في البالغة لا يتأتى هذا الا بامرها) أي لايكون العقد صحيحا هذا هو الظاهر وقد يقال معنى قوله لا يتأتى اي لايكون نافذا بل موقوفا على اجازتها حموي لكن في قوله اي لايكون العقد صحيحا نظر بناء على ان المراد من نفي الصحة البطلان كما هو الظاهر من سياق كلامه بدليل قوله وقد يقال الخ ووجهه انه لايكون ادنى حالا من الفضولي وعقد الفضولي ليس بباطل وعن هذا قال شيخنا اراد بقوله لايكون صحيحا اي لازما لانه المراد بالصحيح عند الاطلاق انتهى (تتمة) سئلت عن عقد بولي وشاهدين أحدهما صبي فهل العقد صحيح فأجبت بان العقد صحيح ان كانت الزوجة عاقلة بالغة حاضرة واذنت للاب فيه ان كانت ثيبا او سكتت ان كانت بكرا لان

كتابيين وقال محمد وزفر لا يجوز وانما قيدنا بالكتابية لان نكاح غيرها لا يجوز (ومن امر رجلا) اي وكله (ان يزوج صغيرته فزوجها) الوكيل من زيد (عند رجل) واحد غيره (والاب حاضر صح) النكاح لان الاب يجعل مباشرا العقد لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى الزوج شاهدا آخر فيصح (والا) اي وان لم يكن حاضرا (لا) يصح وقالوا اذا زوج الاب ابنته البالغة بامرها بحضرتها ومع الاب شاهد آخر صح وان كانت غائبة لم يصح وانما قيد بالصغيرة لان في البالغة لا يتأتى هذا الا بامرها!

الاب حينئذ وكيل عنها في العقد فتنتقل عبارته اليها ويكون الاب شاهدا مع الشاهد المذكور وقد تم النصاب ولا عبرة بحضور الصبي احمد بن يونس قلت الجواب يؤخذ من عبارة النقاية وهي الوكيل شاهد عند حضور الموكل كالولي عند حضور موليته بالغة انتهى حموي (تنبيه) بعث قوما للخطبة فزوجها الولي بحضرتهم فالصحيح الصحة وعليه الفتوى فتح لانه لا ضرورة في جعل الكل خاطبين بل يجعل المتكلم فقط والباقي شهود لكن في الخلاصة المختار عدم الجواز والاول مختار الشهيد نهر ووفق الحانوتي بحمل ما في الخلاصة على ما اذا قبلوا جميعا شيخنا عن خط الشيخ عبد الباقي المقدسي وفي هذا المقام كلام يعلم بمراجعة جامع الفتاوى (فروع) قال زوجني ابنتك على ان أمرها بيدك لم يكن له الامر لانه تفويض قبل النكاح * وكله بأن يزوجه فلانة بكذا فزاد الوكيل في المهر لم ينفذ فلو لم يعلم حتى دخل فله الخيار بين اجازته وفسخه ولها الاقل من المسمى ومهر المثل لان الموقوف كالفاسد * تزوج بشهادة الله ورسوله لم يجز بل قيل يكفره در وانظر ما المراد من قوله ولها الاقل من المسمى الخ هل المراد المسمى من جهة الموكل او المراد ما سماه الوكيل زائدا على ما أمر به لم اره والظاهر الثاني

(فصل في المحرمات) اختلف الاصوليون في اضافة التحريم الى الاعيان فقيل مجاز والمحرم حقيقة الفعل ورجحوا انه حقيقة شرنبلالية واعلم ان للتحريم اسبابا النسب والمصاهرة والرضاع والجمع بين الاختين او غيرهما كالمرأة وعمتها وتعلق حق الغير كالمنكوحة والمعتدة ويتفرع عليه ما لو عقد على اختين مثلا احداهما منكوحة الغير او معتدته صح العقد على الفارغة وادخال الامة على الحرة والمطلقة ثلاثا وعدم دين سماوي والتنافي بين المالكية والمملوكية وان لا يكون تحته اربع سواها فلو زوجت من شخصين واحدهما تحته اربعة صح العقد على الشخص الآخر (قوله وبنته) ولو من الزنا بان زنا ببكر فأمسكها حتى ولدت اذ هي بنته لغة والخطاب انما هو باللغة العربية ما لم يحصل نقل وكذا تحرم اخته وبنت اخيه واخته او ابنه من الزنا وقالوا ان لولد الملاعنة حكم البنت فلو لاعن فنفى القاضي نسبها من الرجل والحقها بالام لا يجوز ان يتزوجها لانه بسبيل من ان يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه فتح قال في البحر وقد يقال ثبوت حرمتها لا باعتبار هذا التكلف بل باعتبار انها ربيبته وقد دخل بامها ورده في النهر بأن ثبوت اللعان لا يتوقف على الدخول بأمها وح فلا تكون ربيبته وقوله بأن زنا ببكر فأمسكها الى آخره قال الحانوتي ولا يتصور كونها بنته من الزنا الا بذلك اذ لا يعلم كون الولد منه الا به شيخنا عن خط الشيخ عبد الباقي المقدسي (قوله وان بعدتا) اى الام والبنت وفيه ايماء الى ان الجدة وان علت وبنت البنت وان سفلت ام وبنت فيتناولهما قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم بطريق الوضع اذ الام هي الاصل لغة والبنت الفرع فتكون الام والبنت حينئذ من المشكك او ان ذلك من عموم المجاز نهر (قوله وان سفلت) سفل سفولا من باب قعد وسفل من باب قرب لغة مصباح (قوله وعمته وخالته) وتدخل عمة جده وجدته وخالتهما الاشقاء وغيرهن واما عمة عمة امه وخالة خالة ابيه فحلال كبنت عمه وعمته وخاله وخالته لقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم در (قوله وام امرأته الخ) المراد بأم امرأته وبنتها الام والبنت ولو بواسطة فتدخل جدة الزوجة وان علت وبنت ولدها وان سفلت ولو عبر بالاصل والفرع لكان اصرح حموي عن البرجندي قيد بالمرأة فانصرف الى النكاح الصحيح فان تزوجها فاسدا فلا تحرم امها بمجرد العقد بل بالوطء او ما يقوم مقامه من المس بشهوة او النظر بشهوة لان الاضافة لا تثبت الا بالعقد الصحيح والمراد بالاضافة اضافة المرأة اليه وان كانت امته فلا تحرم امها الا بالوطء او دواعيه لان لفظ النساء اذا اضيف الى الازواج كان المراد منه الحرائر كالظهار والايلاء بحر واراد بالحرائر المملوكة بعقد النكاح ولو امة لغيره (قوله سواء دخل الخ) لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول زيلعي (قوله وعند بشر المريسي الخ) احتجوا بأنه تعالى ذكر امهات النساء وعطف عليهن الربائب ثم اعقبهما ذكر الشرط وهو الدخول فينصرف اليهما كما هو الاصل في الشرط قلنا ذاك في الشرط

قوله والظاهر الثاني جزم به في رد المحتار اخذا من كلام الرحمتي اه بحراوي

(فصل في) بيان النساء (المحرمات حرم تزوج أمه) وجدته سواء كانت من قبل الاب او الام (وبنته وان بعدتا) اى امه وان علت وبنت بنته وان سفلت (و) حرم تزوج (أخته وبنتها وبنت أخيه وعمته وخالته) مطلقا اى الجميع سواء في انه لاب وام اولاب اولام (و) حرم تزوج (ام امرأته) مطلقا سواء دخل بابنتها اولا وعند بشر المريسي وابن شجاع ومالك وداود وفي احد قولي الشافعي لا تثبت الا بالدخول بالبنت

المصرح به اما الصفة المذكورة فى آخر الكلام كما هنا فتنصرف الى ما يليها زيلعى (قوله وبنتها) ويدخل فى قوله وربائبكم بنات الربيبة والربيب لان الاسم يشملهن وفى الشرنبلالية بنات الربيبة والربيب وان سفلن تثبت حرمتهن بالاجماع انتهى بخلاف حلائل الآباء والابناء لانه اسم خاص لهن فلا يتناول غيرهن زيلعى فلا تحرم بنت زوجة الابن ولا بنت ابن زوجة الابن ولا بنت زوجة الاب ولا بنات ابن زوجة الاب بحر (قوله ان دخل بها) لقوله تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم الآية والخلوة الصحيحة كالوطء عند ابى يوسف خلافا لمحمد حموى عن الظهيرية واعلم ان حجر الرجل بالفتح والكسر حضنه وهو ما دون ابطه الى الكشح نهر والكشح ما بين الخاصرة الى الضلع الخلف والخصر وسط الانسان شيخنا عن الصحاح وذكر الحجر خرج مخرج العادة وفى البحر تفسير الحجران تزف البنت مع الام الى بيت الزوج واعلم ان حرمة الربيبة مقيدة بكون امها وقت ان دخل بها مشتهاة اما لو دخل بالام صغيرة لا تشتهى فطلق فاعتدت بالاشهر ثم تزوجت بغيره فجاءت بينت حل لواطئ امها قبل صير ورتها مشتهاة التزوج بها وسيأتى من الشارح كغيره صريحا ولا التفات لمن استغرب ما مع انها فى متن التنوير (قوله وامرأة أبيه) لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فيتناول منكوحته وطئا وعقدا صحيحا وكذلك لفظ الآباء يتناول الآباء والاجداد وان كان فيه جمع بين الحقيقة والمجاز لانه نفى وفى النفى يجوز الجمع بينهما كما يجوز فى المشترك ان يعم جميع معانيه فى النفى زيلعى وتعقبه فى البحر بان الصحيح انه لا يجوز الجمع بينهما لا فى النفى ولا فى الاثبات ولا عموم للمشترك مطلقا قال الاكمل فى التقرير والحق ان النفى مقتضاه الاثبات فان اقتضى الاثبات الجمع بين المعنيين فالنفى كذلك والا فلا والاولى ان يكون النكاح فى الآية للعقد كما هو المجمع عليه ويستدل لثبوت حرمة المصاهرة بالوطء الحرام بدليل آخر انتهى وتقييده الوطء بالحرام ليعلم ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء الحلال كأن كانت امته ولم يمنع من حل وطئها مانع بالاولى ولو اشترى امة من ميراث ابيه حل له وطؤها حتى يعلم ان الاب وطئها ولو باخبار الاب حيث كانت ملكه لا ان كانت فى غير ملكه لكن لو ابدل فى النهر اشترى بملك لكان اولى وقوله لا ان كانت فى غير ملكه يعنى لان الظاهر كذبه لا لان المصاهرة لا تثبت بالوطء الحرام (فرع) تزوج بكرا فوجدها ثيبا وقالت ابوك افتضنى ان صدقها بانت بلا مهر والا لا نهر (قوله سواء دخل بها ولم يدخل) لو ذكره بعد قوله وامرأة ابنه ليكون قيدا فى كل من امرأة الاب والابن لكان اولى اذ لا فرق بينهما فيه كما سيأتى عن الزيلعى (قوله وامرأة ابنه) لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبنى لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع ولفظ الابناء يتناول ابناء الاولاد وان سفلوا ولا يشترط دخول الابن ولا الاب لاطلاق النص زيلعى والدليل على ذلك ان التبنى انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقصته انه عليه السلام تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله التبنى بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب عناية (قوله والكل رضاعا) لم يستثن شيئا احالة على ما سيأتى فى الرضاع نهر (قوله من المذكورات) من بيانية حموى (قوله يحرم على هذا الولد امرأة زوج المرضعة الخ) اذ هى امرأة ابيه رضاعا (قوله ويحرم على زوج المرضعة هذا الولد) لانها ابنته من الرضاع وفى هذه الصورة والتى قبلها خلاف الشافعى بناء على ان لبن الفحل لا يتعلق به التحريم عنده (قوله فليحفظ ما انشد بعض الافاضل) معنى البيت ان زوجات الرضيع وفروعه يحرمن على ابيه (قوله وحرم الجمع بين الاختين) نسبا ورضاعا حتى لو تزوج اختين رضاعا فالنكاح فاسد ومن هنا قال فى البحر لو قدموا حرمة الجمع على قولهم والكل رضاعا لكان اولى نهر (قوله قيد به لانه الخ) أى قيد بما ذكر من النكاح والوطء (قوله لانه لا يحرم الجمع ملكا) وهو قول على ولو قبل احداهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الاخرى بتمليك او نكاح او عتق

(وبنتها ان دخل بها) وان لم يدخل بالام حتى حرمت عليه بالطلاق اوماتت حل له ان يتزوج بالربيبة (و) حرم تزوج (امرأة ابيه) مطلقا سواء دخل بها اولم يدخل (و) امرأة (ابنه وان بعدتا) اى امرأة ابى ابيه وامرأة ابن ابنه وان سفل (و) حرم تزوج (الكل) من المذكورات (رضاعا) اى من جهة الرضاع حتى ان امرأة لو ارضعت ولدا يحرم على هذا الولد امرأة زوج المرضعة التى نزل لبنها منه ويحرم على زوج المرضعة هذا الولد ومن اراد ضبط هذه فليحفظ ما انشد بعض الافاضل

ازجانب شيرده همه خويش شوند
وزجانب شيرخواره زوجان وفروع

(و) حرم (الجمع بين الاختين) او امتين مطلقا سواء كانتا (نكاحا ووطئا بملك يمين) قيد به لانه لا يحرم الجمع ملكا

قوله معنى البيت الخ وجد بهامش ما نصه قوله ازجانب اى من طرف وشيرده المرضعة وهمه كلهم وخويش اقارب وشوند يصيرون وزجانب ومن طرف وشيرخواره الرضيع وزوجان الزوجان وفروع الفروع اه

وعند الثلاثة لا تحرم الدواعي الا في قول للشافعي عيني وتبعه في النهر والحموي قال شيخنا وهو مخالف لكلامهم في الاستبراء حيث انا ما واحرمتهما بتقبيلهما لا بتقبيل واحدة فقط وقال في التبيين هنا ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لان المرقوقة ليست بموطوءة حكما فلا يصير جامعا بينهما وطئا لا حقيقة ولا حكما وعلى هذا لو وطئ احدى الاختين المملوكتين او لمسها بشهوة لم تحل له الاخرى وان وطئهما حرمتا جميعا حتى يخرج احداهما عن ملكه انتهى (قوله فلو تزوج اخت أمته) أي نكاحا صحيحا فخرج الفاسد فلا تحرم به الا بالوطء قيد بالتزوج لانه لو اشترى اخت امته الموطوءة جاز له وطء الاولى نهر واطلق الامة فشمل ام الولد كما في غاية البيان وقيد بالموطوءة لانها ان لم تكن موطوءة يطأ المنكوحة قبل بيعها كما سيذكره الشارح ووجهه ان المرقوقة ليست بموطوءة حكما فلم يصر جامعا بينهما وطأ لا حقيقة ولا حكما لانه ان كان قد وطئ المملوكة قبل المعقود عليها كان جامعا بينهما وطأ حكما لان حكم الوطء الاول قائم حتى ندب له عند ارادة بيعها استبراؤها والمعقود عليها موطوءة حكما بدليل ثبوت النسب بمجرد العقد كذا بخط شيخنا (قوله صح النكاح مطلقا) حرة كانت او امة نهر (قوله حتى يبيعها) أي يفعل بها ما به يحرم وطؤها عليه من بيع كل او بعض او هبة مع تسليم او عتق او كتابة او تزويج فالبيع مثال ولو قال حتى يحرمها على نفسه لكان اولى نهر واقره الحموي واقول فيه نظر لانه لا يشمل ما لو طلق المنكوحة كما سيذكره الشارح فالاولى ان يقال حتى يحرم احداهما واعلم ان اعتاق البعض كاعتاق الكل وكذا تمليك البعض كتمليك الكل لثبوت الحرمة وعن أبي يوسف ان المنكوحة لا تحل بالكتابة وجه الظاهر انها تحرم بالكتابة حتى لو وطئها وجب عليه العقر زيلعي (قوله فاذا أتى به حل له وطء واحدة منهما) أي حل وطء امته الموطوءة ان طلق المنكوحة او وطء المنكوحة ان باع امته الموطوءة او زوجها وقوله فاذا اتى به أي ببيع امته او تزويجها او طلاق المنكوحة (قوله وقال مالك لا يصح النكاح) الذي في الزيلعي وقال بعض المالكية لا يصح النكاح حتى يحرم الامة على نفسه لان المنكوحة موطوءة حكما اذ النكاح ملحق بالوطء في حق النسب فلو صح النكاح لصار جامعا بينهما وطأ وهو ممتنع قلنا نفس العقد ليس بوطء وانما يصير وطأ عند ثبوت حكمه وهو حل الوطء ووجود الولد وحكم الشئ يعقبه وللكمال فيه كلام يعلم بمراجعة النهر (قوله يطأ المنكوحة قبل بيعها) أي قبل بيع الامة وكان الاولى ان يقول قبل تحريم وطئها (قوله ولو تزوج أختين) ليس بقيد بل كل من لا يجوز جمعه من المحارم كذلك نهر وحينئذ فكان عدم ذكر هذه المسئلة كما فعل في النقاية اولى لدخولها في عموم قوله الآتي وبين امرأتين اية فرضت ذكرا الخ حموي (قوله في عقدين) قيد به لانهما لو كانا في عقد واحد بطلا فلا يجب لهما المهر الا بالوطء كما في الدرر وهو مقيد بان لا تكون احداهما مشغولة بنكاح الغير او عدته فان كانت صح نكاح الفارغة كما لو تزوجت بزوجين في عقد واحد واحدهما متزوج بأربع حيث تكون زوجة للآخر نهر (قوله ولم يدخل بواحدة منهما) لانه ان كانت الفرقة بعد الدخول وجب لكل مهر كامل كما في التنوير لتقرره بالدخول ومنه يعلم حكم دخوله بواحدة در (قوله فرق القاضي بينه وبينهما) لان نكاح احداهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية والترجيح من غير مرجح لا يجوز ولا يجوز التحري في الفروج فتعين التفريق وان اراد ان يتزوج احداهما بعد التفريق فله ذلك ان كان التفريق قبل الدخول وان كان بعده فليس له ذلك حتى تنقضي عدتهما وان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله ان يتزوج بالمعتدة دون الاخرى كي لا يكون جامعا بينهما وان دخل باحداهما فله ان يتزوجها دون الاخرى ما لم تنقض عدتها لان عدتها تمنع من التزوج بأختها وان انقضت عدتها جاز له ان يتزوج بأيهما شاء لعدم المانع زيلعي وقوله فله ان يتزوج بالمعتدة دون الاخرى أي له التزوج بالتي لم تنقض عدتها دون منقضية العدة اما انه لا يتزوج بمنقضية العدة اذا كانت عدة الاخرى لم تنقض فلما ذكره من ان عدتها تمنع من التزوج بأختها كي لا يكون جامعا بينهما بخلاف ما اذا أراد التزوج بالتي لم تنقض عدتها حيث لا يمتنع

(فلو تزوج اخت امته الموطوءة) صح النكاح ولكن (لم يطأ واحدة منهما حتى يبيعها) او يزوجها او يطلق المنكوحة فاذا اتى به حل له وطء واحدة منهما وقال مالك لا يصح النكاح وانما قيد بالموطوءة لانها ان لم تكن موطوءة يطأ المنكوحة قبل بيعها (ولو تزوج اختين في عقدين و) لم يدخل بواحدة منهما (و) الحال انه (لم يدر الاول) (فرق) القاضي (بينه وبينهما)

لعدم المانع حيث كانت أختها منقضية العدة ووجوب العدة عليها هي ليس بمانع لان وجوبها بالنسبة لغيره اما هو فلا الاترى الى ماسيأتي من ان له ان ينكح مبانته ولو قبل انقضاء العدة فكذا هذا وهذا ظاهر لاخفاء فيه وممن صرح بذلك العلامة الاتقانى ونصه وليس له ان يتزوج بواحدة منهما حتى تنقضى عدتهما وان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله تزوج التى لم تنقض عدتها دون الاخرى كى لا يصير جامعا بينهما انتهى وهذا أى التفريق اذا لم يبين الزوج احداهما بالفعل فان دخل بها أو بين انها سابقة قضى بنكاحها لتصادقهما وفرق بينه و بين الاخرى ولو دخل باحداهما و بين بعد ذلك ان الاخرى سابقة يعتبر الثانى لان الاول بيان دلالة والثانى صريحا والدلالة لا تقاوم الصريح شرنبلالية عن شرح المجمع وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا طلق احدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل وأجيب بامكانه هناك لا هنا لان نكاحهن كان متيقن الثبوت فله ان يدعى نكاح من شاء بعينها منهن متمسكا بما كان وهنا لم يثبت نكاح واحدة بعينها فدعواه حينئذ تمسك بما لم يتحقق ثبوته شرنبلالية أيضا عن الكمال بقى ان يقال لم يبين المصنف ولا الشارح ان هذا التفريق طلاق او فسخ واختار العلامة الزيلعى كونه طلاقا فانه عبر به عن التفريق فى قوله ومعناه أى معنى ماذكره المصنف من ان لهما نصف المهر اذا كان مهراهما متساويين وهو مسمى فى العقد وكان الطلاق قبل الدخول انتهى يعنى التفريق وكذا الاتقانى حيث قال وتفريق القاضى كالطلاق من الزوج وقال فى الفتح والظاهر انه طلاق حتى ينتقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك ثم اعلم ان التقييد بالعقدين فى قول المصنف ولو تزوج اختين فى عقدين الخ اتفاقى اذ لو تزوجهما فى عقد واحد فرق بينه وبينهما أيضا كذا فى المفتاح ونظر فيه الحموى وقال انه احترازى لانه فى هذه الصورة يبطل العقد بالنسبة لكل منهما ولا يتنصف المهر بخلاف ما اذا كانا فى عقدين ولم يدر الاول انتهى واقول فيه تأمل فان كلام المفتاح بالنظر للتفريق بينه و بينهما ولا فرق فيه بين ما لو تزوجهما فى عقدين ولم يدر الاول أو فى عقد واحد وان كان احترازيا بالنسبة لتنصيف المهر فتدبر وكذا لا فرق فى وجوب المهر كاملا لكل منهما حيث وقعت الفرقة بعد الدخول بين ما لو تزوجهما فى عقدين ولم يدر الاول أو فى عقد واحد أما وجوب المهر لكل منهما اذا تزوجهما فى عقدين ولم يدر الاول وكانت الفرقة بعد الدخول فلما قدمناه عن التنوير وأما وجوبه لكل منهما اذا تزوجهما فى عقد واحد وكانت الفرقة بعد الدخول أيضا فلما ذكره فى الدر حيث ذكر ان الحكم فى تزوجهما معا البطلان وعدم وجوب المهر أى لكل منهما الا بالوطء كما فى عامة الكتب انتهى (قوله ولهما نصف المهر) ان كان مهراهما متساويين قدرا وجنسا وهو مسمى فى العقد وكانت الفرقة قبل الدخول وادّعى كل منهما انها الاولى ولا بينة لهما فان اختلف مهراهما فان علما فلكل ربع مهرها والا فلكل نصف اقل المسميين وان لم يكن مسمى فالواجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر تنوير وشرحه ومنه تعلم ما فى كلام الشارح من القصور وان قوله اى الاقل من نصفى المهرين محمول على ما اذا تفاوت المهران ولم يدر ايهما الاى المرأتين بقى ان يقال ما سبق عن التنوير وشرحه من قوله والا فلكل نصف اقل المسميين وقع مثله فى الدرر وذكر عزمى زاده ان قوله فلكل منهما الخ صوابه فلهما نصف اقل المسميين (قوله اى الاقل من نصفى المهرين) تقدم ما فيه من القصور واعلم ان التعبير بالاقل من نصفى المهرين بمنزلة ما لو قال اى نصف اقل المهرين فلا حاجة الى ما ذكره بعضهم من التصويب فان قلت كيف جعل الشارح قوله اى الاقل من نصفى المهرين تفسيرا لقول المصنف ولهما نصف المهر مع ان ما ذكره الشارح محمول على ما اذا تفاوت المهران ولم يدر ايهما الاى المرأتين كما سبق فلا يصلح تفسيرا للمتن حينئذ لانه مفروض فيما اذا استويا قلت لا نسلم ان قول المصنف ولهما نصف المهر مفروض فيما اذا استوى المهران وليس فى كلامه ما يدل عليه بل قوله ولهما نصف المهر محتمل لان يكون المراد انه بينهما بالسوية

وهما نصف المهر) اى الاقل من نصفى المهرين للاختين وانما قيد بقوله لم يدر لانه لو علم الترتيب بينهما

أوعلى التفاوت لان ذلك يختلف بحسب مهريهما فان استويا كان نصف المهر لهما بالسوية وان اختلفا قضى لكل منهما بربع مهرهـا فان قلت يدلك على صحة ماقيل من ان كلام المصنف مفروض فيما اذا استويا قول الزيلعي معنى ماذكره المصنف من ان لهما نصف المهر اذا كان مهراهما متساويين وان كانا مختلفين يقضى لكل واحدة بربع مهرها قلت ماذكره الزيلعي مردود الاترى الى ماذكره في البحر من انه لاحاجة الى التقييد بما اذا كان مهراهما متساويين اذلو كانا مختلفين يقضى لكل واحدة بربع مهرها لانه لم يقل ولهما نصف المهر على السواء حتى يرد عليه ذلك انتهى بتصرف وكذا قال في النهر ولم يقل بالسوية بينهما ايماء الى انهما لو كانا مختلفين قضى لكل واحدة بربع مهرها انتهى واقره الحموي وبهذا التقرير تعلم ماوقع لبعضهم في هذا المقام (قوله فالعقد الاول جائز) ويحل وطؤها الا اذا وطئ الثانية فحينئذ تحرم الاولى مادامت الثانية في العدة ولايحل وطء الثانية لفساد العقد زيلعي ونظيره لو وطئ اخت امرأته بشبهة تحرم امرأته مالم تنقض عدة ذات الشبهة (قوله وانما لزم عليه نصف المهر) يعني اذا علم الترتيب فالعقد الاول جائز والثاني فاسد فان فارقهما قبل الدخول وجب للاولى التي صح نكاحها نصف المهر المسمى ولاشئ للثانية لكونه فارقها قبل الوطء كذا بخط شيخنا (قوله وحرم الجمع بين امرأتين الخ) لقوله عليه السلام لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها الحديث ولان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة فيحرم والآية مخصوصة ببنته وعمته من الرضاع وبالمشركة فجاز تخصيصها بخبر الواحد والقياس زيلعي على انه في الدرر ذكر ان الحديث مشهور يصلح مخصصا للكتاب (فرع) عدة ام الولد بعد اعتاقها تمنع نكاح اختها عند ابي حنيفة وزفر وعند ابي يوسف ومحمد لاتمنع حموي عن البرجندي (قوله حرم النكاح) والمراد الحرمة المؤبدة أما الموقتة فلاتمنع ولهذا لو تزوج امة ثم سيدتها فانه يجوز كما في الجامع والزيادات لانها حرمة موقتة بزوال ملك اليمين وقيل لايجوز تزوج السيدة عليها نظرا الى مطلق الحرمة كما في الغنية بحر (قوله حتى لا بأس بأن يجمع بين امرأة الخ) فان بنت الزوج لو فرضت ذكرا حرم عليه التزوج بامرأة ابيه واذا فرضت المرأة ذكرا كانت البنت اجنبية عنها (قوله وبنت زوج كان لها من قبل) اوامرأة ابنها وكجمع بين الامة وسيدتها والامة متقدمة اذلو فرضت السيدة ذكرا لم تحرم بخلاف العكس نهر (قوله وقال زفر لايجوز) لانه لما ثبت الامتناع من وجه فالاحوط الحرمة وهومذهب ابن ابي ليلى والحسن البصري وعكرمة وللجمهور قوله تعالى واحل لكم ماوراء ذلكم ولانه لاقرابة بينهما فلم يكن فيه قطيعة الرحم وقد صح ان عبدالله بن جعفر جمع بين بنت علي وامرأة علي وكذا جمع ابن عباس بين امرأة رجل وابنته من غيرها زيلعي (فائدة) سئل عن الجمع بين الاختين في الجنة فاجاب الرملي بانه لامانع لان الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما لان العلة التباغض وقطيعة الرحم وهذا المعنى منتف اي وصرح القرطبي بانه يجوز نكاح سائر المحارم في الجنة الا الام والبنت قال شيخنا ومذهبنا ان العلة المنصوص عليها يتعلق الحكم بها وجودا وعدما كالطواف في الهرة ولهذا كان سؤر الهرة الوحشية نجسا لفقده وهنا العلة منصوص عليها لقوله عليه السلام مخافة القطيعة فكان ما أجاب به الشيخ الرملي موافقا لنا باعتبار كون علة الحكم منصوصا عليها لا مستنبطة انتهى (قوله والزنا) وهو وطء مكلف في قبل مشتهاة خال عن الملك وشبهته قيد به وان كان وطء المنكوحة فاسدا أوالمشتراة كذلك اي شراء فاسدا والامة المشتركة والمكاتبة وزوجته الحائض والنفساء والمظاهر منها يوجب حرمة المصاهرة ايضا لانه محل الخلاف نهر واعلم ان المراد بالمكلف في كلامه ما يعم المراهق وسيأتي مايدل عليه (قوله واللمس) ثبوت الحرمة باللمس لاجل كونه سببا للوطء السبب للولد ولو كان بينهما حائل فان وصلت حرارة البدن الى يده تثبت الحرمة والا فلا وقيل ان وجد الحجم ثبتت وفي مس الشعر روايتان زيلعي وظاهر مافي الخانية ترجيح انه ليس من البدن نهر ورجح في البحر الحرمة بمسه وجزم في الاختيار بان مسه محرم ومس المراهق كالبالغ كما في الفتح ولافرق في المس بين كونه عمدا اومنها كماذكره العيني لكن لوعمم ايضا في النظر الى الفرج اوابقى المتن على اطلاقه من غير تقييده بالداخل

فالعقد الاول جائز والثاني فاسد وانما لزم عليه نصف المهر (و) حرم الجمع (بين امرأتين أية فرضت ذكرا حرم النكاح) اي بشرط ان يتصور وذلك من كل جانب حتى لا بأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل وقال زفر لايجوز (والزنا واللمس والنظر) مطلقا

مطلب يجوز الجمع بين الاختين في الجنة

ليكون متناولا للنظر ما الى ذكرملـكان اولى (قوله سواء كان من جانبه الخ) اى المس والنظر ثم ان كان النظر من جانبه يشترط ان يكون نظره الى فرجها الداخل على ما سيأتى وان كان من جانبها يشترط ان يكون نظرها الى ذكره (قوله وسواء حصل فى الملك الخ) أى ماذكره من المس والنظر حموى (قوله بشهوة فى موضع الحال نبه بذلك على ان الشهوة يشترط وجودها حال المس والنظر فلو وجدا خالين عنها فنشأت عنهما لا تثبت الحرمة (قوله متعلق بكل واحد منهما) فان ادعتها وانكر صدق الا اذا كان المس على الفرج والتقبيل على الفم قاله الحدادى وفى الفتح يتراءى الحاق الخدين بالفم وفى البزازية اخذ ثديها او ركب معها على دابة اوقام اليها منتشرا وعانقها وقبلها وزعم عدم الشهوة لا يصدق نهر لقرينة كذبه وأراد بالركوب معها ما كان معه مس واطلقه لانه غالبا يستلزمه لكن فى قوله فان ادعتها وانكر صدق نظر لانه يقتضى عدم الاكتفاء بالشهوة من أحدهما فينافى ما صرح به هو قبله من ان وجودها من احدهما كاف والحاصل انه اذا وجدت الشهوة ممن وجد منه المس او النظر ثبتت الحرمة سواء وجدت من الآخر أيضا ام لا اللهم الا ان يكون المراد من قوله فان ادعتها الخ اى ادعت وجود الشهوة منه مع اعترافها بعدم وجودها منها يؤيده ما قاله المقدسى لو قبل امرأة ابيه بشهوة او الاب امرأة ابنه بشهوة وهى مكرهة وانكر الزوج كونه بشهوة فالقول له لانه ينكر بطلان ملكه وان صدق حرمت الخ بقى ان يقال ما المراد باحدهما الذى اكتفى بوجود الشهوة منه اذا مس أحدهما الآخر ونظر الى فرجه والظاهر انه فى جانب المس يراد به ما يعم الماس والممسوس بخلافه فى جانب النظر حيث يراد به خصوص من وجد منه النظر لا ما يعم المنظور اليه والحاصل انه اذا مسها بشهوة منها تثبت حرمة المصاهرة وان لم يشتهها بخلاف ما اذا نظر الى فرجها الداخل بشهوة منها فانها لا تثبت اذا لم يشتهها (قوله وقال الشافعى الخ) لقوله عليه السلام لا يحرم الحرام الحلال ولانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم والنكاح هو الوطء ولهذا حرم على الابن ما وطئ ابوه بملك اليمين زيلعى فعم الزنا وقال عليه السلام من نظر الى فرج امرأة لم تحل له امها ولا بنتها وقال عليه السلام من مس امرأة بشهوة حرمت عليه امها و بنتها وقال الشافعى لمن ناظره انت جعلت الفرقة الى المرأة بتقبيلها ابن زوجها والله تعالى لم يجعلها اليها فقال له انت تزعم انها تحرم عليه بردتها فجعلت الفرقة اليها فكيف قلت بما انكرت على غيرك فقال اقول ان رجعت الى الاسلام وهى فى العدة فهما على نكاحهما قال ابو بكر الرازى انكر على خصمه وقوع التحريم من قبل المرأة ثم قال به وجعل الرجعة اليها ايضا والوطء انما صار محرما من حيث انه سبب للجزئية بواسطة الولد يضاف الى كل واحد منهما كملا والقياس ان تحرم الموطوءة من الزنا لانها جزؤه بواسطة الولد يعنى والاستمتاع بالجزء حرام لكن ابيحت للضرورة والضرورة ابيحت حواء لادم عليه السلام وهى جزؤه فبقى فى حق غيرها على موجب القياس حتى صار اصولها وفروعها كاصوله وفروعه فى حقه وكذا العكس فى حقها زيلعى والحاصل ان الوطء محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا (قوله ان تنتشر الآلة الخ) قال فى الخلاصة وبه يفتى وفى الجوهرة النظر الى الفرج لا يشترط فيه تحرك الآلة وهو الصحيح وعليه الفتوى بقى ان هذا الحد انما هو فى حقه وقد اغفلوه فى حقها مع ان وجود الشهوة من أحدهما كاف قال فى الفتح واقله تحرك القلب على وجه يشوش الخاطر نهر واجاب الحموى بانه انما لم يذكر حد الشهوة فى المرأة لعدم الخلاف فيه بخلافها فى الرجل (قوله وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار الخ) قال فى الذخيرة وهو الاصح ومثله فى الظهيرية حموى وصححه فى التحفة والمحيط قال الاتقانى وعليه الاعتماد واثر الخلاف يظهر فى الشيخ الكبير والعنين فعلى الاول لا تثبت وعلى الثانى تثبت نهر (قوله وكان لا يفتى بثبوت الحرمة الخ) قال فى العناية وهو أقرب الى الفقه حموى (قوله والمعتبر النظر الى الفرج الداخل) فى ظاهر الرواية وبه يفتى واكتفى الثانى بالنظر الى منابت الشعر وقال محمد لا بد من النظر الى الشق وصححه فى الخلاصة

سواء كان من جانبه او من جانبها وسواء
حصل فى الملك او فى غيره (بشهوة) متعلق
بكل واحد منهما (يوجب حرمة
المصاهرة) اى يثبت بها حرمات اربع
تحرم هى على آباء الواطئ وان علوا وعلى
اولاده وان سفلوا وتحرم على الواطئ
امهاتها وان علون وبناتها وان سفلن
وقال الشافعى الزنا والمس والنظر
لا يوجب حرمة المصاهرة ثم المس
بشهوة ان تنتشر الآلة وان كانت
منتشرة ان تزداد انتشارا هو الصحيح وفى
الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترطوا
الانتشار وجعلوا حد الشهوة ان يميل
قلبه اليها ويشتهى جماعها وهذا اذا
كان شابا قادرا على الجماع وان كان
شيخا او عنينا فحد الشهوة ان يتحرك
قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل
ذلك ويزداد الاشتهاء ان كان متحركا
وكان الفقيه محمد الرازى لا يعتبر تحرك
القلب انما يعتبر تحرك الآلة وكان
لا يفتى بثبوت الحرمة فى الشيخ الكبير
والعنين الذى ماتت شهوته حتى لم
يتحرك عضوه بالملامسة والمعتبر النظر
الى الفرج الداخل

وشمل اطلاقه النظر من وراء زجاج بخلافه فى المرآة والماء لان المرئى فيهما مثاله لا هو ولهذا لو كانت
فى الماء فرآى فرجها فيه ثبتت نهر بقى ان يقال تقييده هنا بالنظر الى الفرج الداخل ينافى ماسبق
من قوله سواء كان من جانبه او جانبها لانه بعمومه يشمل النظر من كل منهما وما هنا يقتضى ان النظر من
جانبه فقط واجاب الحموى بان ماذكر من الاقتضاء ممنوع اذ لا يلزم من ذكر شرط لاحد شيئين اشتركا فى
حكم ان يكون الحكم خاصا بالذى ذكر شرطه اه (قوله ولا يتحقق ذلك الا اذا كانت متكئة) اما اذا كانت
قاعدة مستوية او قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر غاية (قوله ولومس فانزل) وكذا لو نظر فانزل زيلعى ومعنى
قولهم المس بشهوة لا يوجب حرمة المصاهرة بالانزال هو ان الحرمة عند ابتداء المس كان حكمها موقوفا الى
ان يتبين بالانزال فان انزل لم تثبت والا تثبت لا ان معناه ان حرمة المصاهرة تثبت بالمس ثم بالانزال تسقط
لان حرمة المصاهرة اذا ثبتت لا تسقط أبدا حموى عن العناية (قوله لا يوجب الحرمة فى الصحيح) وعليه
الفتوى غاية (قوله وعلى هذا اتيان المرأة فى الدبر) لا تثبت به الحرمة ولو مع المس بشهوة لانه كما فى الزيلعى
ليس بمحل الحرث قال فى النهر وهو الاصح ومن ثم لو افضاها لم تحرم عليه امها لعدم تيقن كونه فى
الفرج الا اذا حبلت وعلم كونه منه انتهى واورد ان الوطء فى المسئلتين ان لم يكن سببا للحرمة فالمس بشهوة
سبب لها بل الموجود فيهما اقوى منه واجيب بان العلة هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس
ليس الا لكونه سببا لهذا الوطء ولم يتحقق فى الصورتين واذا عرف عدم ثبوت حرمة المصاهرة بما اذا
اتاها فى دبرها او افضاها فكذا لا تثبت باتيان الغلام فلا يحرم عليه أمه ولا بنته لان حرمة المصاهرة انما
تثبت بصفة انه سبب للولد وحرث له وهذا المعنى لم يوجد غاية (قوله ووطء صغيرة لا تشتهى) لم يتعرض
المصنف ولا الشارح لادنى سن يتعلق به الحرمة هنا وقدره فى النقاية بتسع سنين وما دونه ليست بمشتهاة
قال البرجندى وعليه الفتوى حموى ويتفرع على ماذكره الشارح من ان وطء الصغيرة لا يوجب حرمة
المصاهرة ماسبق عن التنوير من انه لو تزوج صغيرة لا تشتهى فدخل بها وطلقها فتزوجت بغيره بعد
انقضاء العدة بالاشهر او بالحيض بان بلغت حد الشهوة بعد الطلاق قبل انقضاء عدتها بالاشهر وطرقها
الحيض فاعتدت بالحيض فجاءت ببنت حل للمطلق اخذ هذه البنت وان كانت ربيبته وهذا يستفاد من
الآية اذ قوله من نسائكم يقتضى ان الربيبة لا تحرم الا اذا كانت امها مشتهاة وقت الدخول بها لان اسم
النساء لا يطلق عليهن الا اذا بلغن حد الشهوة وكما ان وطء الصغيرة لا يوجب حرمة المصاهرة كذا وطء غير
المراهق لا يوجب حرمة المصاهرة ايضا كما فى النهر عن الفتح حتى لو جامع غير المراهق زوجة ابيه لا تثبت
الحرمة لعدم اشتهائه وتقبل الشهادة على الاقرار بالمس والتقبيل بشهوة اما الشهادة عليهما بالشهوة
فقيل لا تقبل وقيل تقبل واختلف الترجيح واطلاقه يعم العامد والناسى والمكره والمخطئ حتى لو اتته
زوجته او ايقظته لجماعها فوقعت يده على بنته المشتهاة او يدها على ابنه ولو من غيرها حرمت عليه زوجته
حرمة مؤبدة كما فى النهر عن الفتح ايضا والظاهر ان المراد من قوله او يدها على ابنه خصوص مالو كان الابن
مراهقا لانه حينئذ يكون مشتهى لا مطلقا بدليل ماسبق وفيه عن الخلاصة قيل له مافعلت بام امرأتك
قال جامعتها تثبت الحرمة ولا يصدق انه كذب وان كان هازلا (قوله وقال الشافعى ان كانت العدة الخ)
وبه قال ابن ابى ليلى ومالك لان النكاح قد انقطع بينهما اعمالا للقاطع ولنا ماروى من ان اصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم لم يجتمعوا على شئ كاجتماعهم على اربع قبل الظهر وان لا تنكح امرأة فى عدة
اختها واما منافيه على وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت وكفى بهم قدوة ولان نكاح المطلقة قائم من
وجه لبقاء أحكامه من وجوب النفقة والسكنى والمنع من الخروج والفراش حتى تثبت نسب ولدها
والقاطع وهو الطلاق قد تأخر عمله فى الاحكام غير حرمة الوطء ولهذا بقى فى حق القيد حتى لا يجوز لها
ان تتزوج بغيره فصار كالرجعى وعلى هذا الخلاف سائر محارمها واربع سواها زيلعى (قوله وقالا يجوز
الخ) لان الحرمة لمكان الجمع نكاحا ولم يوجد ولهذا جاز له ان يتزوج اربعا سواها ولان العدة فيها اثر

ولا يتحقق ذلك الا اذا كانت متكئة
ولومس فانزل لا يوجب الحرمة فى
الصحيح لانه تبين بالانزال انه غير داع
الى الوطء وعلى هذا اتيان المرأة فى
الدبر والنظر اليه ووطء صغيرة
لا تشتهى خلافا لابى يوسف (وحرم
تزوج أخت معتدته) مطلقا سواء
كانت العدة من طلاق رجعى او بائن
او ثلاث او نكاح فاسد او عن وطء
بشبهة او عن عتق فى أم الولد وقال
الشافعى ان كانت العدة عن طلاق
بائن او ثلاث يجوز وقالا يجوز نكاح
اخت ام الولد فى عدتها

الملك

الملك وحقيقة الملك فيها لا تمنع تزوج الاخت فالا ثر اولى ولابى حنيفة انه انما جاز نكاح اخت ام الولد لضعف الفراش فاذا اعتقها قوى الفراش ولهذا لا يجوز تزوجها بعد العتق حتى تنقضى عدتها وقبله يجوز فاذا قوى الفراش لا يجوز له ان يتزوج اختها كى لا يكون مستحقا نسب ولد اختين فى زمان واحد بخلاف اربع سواها لعدم هذا المعنى ويجوز لزوج المرتدة ان يتزوج اختها بعد لحاقها بدار الحرب قبل انقضاء عدتها لانه لا عدة عليها من المسلم لتباين الدارين وان عادت مسلمة لا يضر نكاح الاخت لان العدة لا تعود وعند ابى يوسف تعود وفى بطلان نكاح اختها له قولان زيلعى (قوله وحرم تزوج امته) لان ملك المتعة ثابت للمولى قبل النكاح فيلزم اثبات الثابت ولو تزوج امة الغير ثم اشتراها بطل النكاح الا اذا كان الشراء بشرط الخيار فانه لا يبطل والمأذون والمكاتب والمدبر اذا اشترى امنكوحتهم لا يبطل النكاح حموى عن البرجندى اما اذا تزوجها متنزها عن وطئها حراما على سبيل الاحتمال فهو حسن لاحتمال ان تكون حرة أو معتقة الغير أو محلوفا بعتقها وقد حنث الحالف وكثيرا ما يقع سيما اذا تداولتها الايدى وليس المراد من حرمة التزوج بامته استحقاق العقوبة بل المراد فى احكام النكاح من ثبوت المهر فى ذمة المولى وبقاء النكاح بعد الاعتاق ووقوع الطلاق عليها وغير ذلك بحر كوجوب القسم لها وعدها عليه خامسة وثبوت نسب ولدها بدون دعواه ولا يخفى ما فى عدم عدها خامسة ونحوه من عدم الاحتياط شرنبلالية وقوله فى البحر بل المراد فى احكام النكاح اى انه لا يترتب عليه ما يترتب على النكاح من الاحكام التى تقدمت كما فى القهستانى واعلم ان ما سبق من تعليل حرمة التزوج بامته بان ملك المتعة ثابت للمولى قبل النكاح فيلزم اثبات الثابت لا يتجه الا اذا كانت كلها له مع انه لا فرق فى الحرمة بين ما لو كانت له كلها او بعضها فما فى النهر من قوله وحرم ايضا امته ولو كان له فيها جزء للاجماع على بطلانه احسن (قوله وسيدته) ولو قل جزؤها فيه للتنافى كما قالوا وبينه السروجى بان مقتضى الزوجية قيام الرجل على المرأة بالحفظ والصون والتأديب لاصلاح الاخلاق والاسترقاق يقتضى قهر السادات للعبيد بالاستيلاء والاستهانة فتعذر ان تكون الزوجة سيدة نهر (قوله والمجوسية) ويحرم وطؤها ولو بملك يمين نهر وقال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار يجوز وطء المشركة بملك اليمين لورود الاثر بوطء سبايا العرب ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات وقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم والنكاح حقيقة فى الوطء زيلعى ومعنى الحديث اى اسلكوا بهم طريقهم يعنى عاملوهم معاملة هؤلاء فى اعطاء الامان باخذ الجزية منهم عناية وقوله غير ناكحى نسائهم نصب على الحال غاية وفى البحر حكى الاجماع على حرمة المجوسية كالاجماع على حرمة الوثنية وهى المشركة وفى الغاية هى التى تعبد الوثن اى الصنم وفى الفتح ويدخل فى عبدة الاوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التى استحسنوها والمعطلة والزنادقة والاباحية وفى شرح الوجيز وكل مذهب يكفر به معتقده فهو يحرم نكاحها لان اسم المشرك يتناولهم جميعا وينبغى ان من اعتقد مذهبا يكفره ان كان قبل تقدم الاعتقاد الصحيح فهو مشرك وان طرأ عليه فهو مرتد وقال الرستغفنى لا يجوز المناكحة بين اهل السنة والاعتزال لكن فى البحر بعده واما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم لان الحق عدم تكفير اهل القبلة وفى النهر واما المعتزلة فتجوز مناكحتهم لانا لا نكفر احدا من اهل القبلة وان وقع الزاما فى المباحث (قوله وهى من لا دين لها ولا كتاب) وما قيل من انه كان لهم كتاب فواقع ملكهم اخته ولم ينكروا عليه فاسرى به فنسوه رد بان العبرة للحالة الراهنة وفى القاموس مجوس وضع دينا ودعا اليه نهر وقوله فاسرى به كذا فى البخارى من الجزية والذى فى الزيلعى والبحر عن المبسوط فرفع شيخنا (قوله وحل تزوج الكتابية) لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اراد به الحرائر والعفائف عن الزنا وهو عطف على قوله تعالى اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم وصح ان حذيفة بن اليمان تزوج بيهودية وكذا كعب بن مالك وقول الشافعى ان الكتابية مشركة ضعيف لان الله تعالى عطف المشركين على

(و) حرم تزوج (امته) السيد (وسيدته) العبد (و) تزوج (المجوسية) وهى من لا دين لها ولا كتاب (والوثنية) وهى من تعبد الاصنام (وحل) للمسلم (تزوج الكتابية) مطلقا

اليهود والعطف يقتضى المغايرة الاترى الى قوله تعالى لتجدن اشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين اشركوا الآية وكذلك ان تزوج الكتابية على المسلمة اوالمسلمة على الكتابية جاز والقسم بينهما على السواء لان جواز النكاح يبتنى على الحل الذى به صارت المرأة محلا للنكاح بخلاف تزوج الامة على الحرة فانه لا يجوز غاية واعلم انه اطلق فى حل التزوج بالكتابية فعم ما لو كانت حربية ولكنه مكروه بالاجماع لانه ربما اختار المقام فى دار الحرب ولان فيه تعريض ولده للرق فربما تحبل وتسبى معه فيصير ولده رقيقا وان كان مسلما وربما يتخلق الولد باخلاق الكفار حموى وفى النهر ما فى الخانية من كراهة تزوج الكتابية اذا كانت حربية محمول على التنزيه وفى الدر عن البحر وصح نكاح كتابية وان اعتقدوا المسيح الها وكذا حل ذبيحتهم على المذهب لكن فى النهر عن المستصفى وغيره حل مناكحتهم وذبائحهم مقيد بما اذا لم يعتقدوا ان المسيح اله قيل وعليه الفتوى (قوله سواء كانت اسرائيلية الخ) يعنى من اولاد بنى اسرائيل وهو يعقوب عليه السلام بحر واعلم انه كما جاز تزوج الكتابية جاز وطؤها بملك اليمين ايضا حموى عن الزيلعى (قوله والصابئة) اعلم ان كلام الاتقانى يقتضى ان الصحيح جواز نكاح الصابئة بالاتفاق قال واما رواية الخلاف بين ابى حنيفة وصاحبيه فذلك بناء على اشتباه حال الصابئين وقال الزيلعى الخلاف بناء على انهم عبدة الاوثان اولا فعندهما هم عبدة الاوثان فانهم يعبدون النجوم وعند ابى حنيفة ليسوا بعبدة الاوثان وانما يعظمون النجوم كتعظيم المسلم الكعبة فان كان كما فسره ابو حنيفة يجوز بالاجماع لانهم اهل كتاب وان كان كما فسراه لا يجوز بالاجماع لانهم مشركون (قوله ولكن يكره) راجع للكتابية والصابئة كما فى شرح التنوير (قوله وقال الشافعى لا يجوز) لقوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح بفتح الياء فى الاولى وضمها فى الثانية مع كسر الكاف يعنى وفتحها تصحيف ولنا ما ورد من انه عليه السلام تزوج ميمونة وهو محرم وبنى بها وهو حلال ولكن يكره تحريما كما فى الدر لانه يؤدى الى تنبيه النفس لطلب الجماع فيشغل قلبه وهو فى العبادة قال فى النهر عن الفتح ولا يلزم ان يكون عليه السلام باشر المكروه لامتناع ذلك فى حقه انتهى وتزويج المحرم وليته على هذا الخلاف يعنى يجوز عندنا ان يكون المحرم ولياً فى النكاح خلافا للائمة الثلاثة غاية ولا يعارض بما روى انه عليه الصلاة والسلام تزوج ميمونة وهو حلال لتمعه كما فى الزيلعى او اراد بالتزوج البناء لانه سببه ولهذا قال الطحاوى الذين رووا انه تزوج بها وهو محرم اهل فقه وثبت انتهى ولا حجة للامام الشافعى فى الحديث لانه محمول على نهى التحريم والنكاح للوطء والمراد بجعله التمكين من الوطء والتذكير باعتبار الشخص نهر والثبت الثبات يقال رجل له ثبت عند الحملة بفتح الباء اى ثبات ويقال لا احكم بكذا الا بثبت بفتح الباء ايضا اى بحجة مختار والمراد بالبناء الدخول قال فى الصحاح بنى على اهله بناء اى زفها والعامة تقول بنى باهله وهو خطا والاصل فيه ان الداخل باهله كان يضرب عليها ليلة دخوله بها قبة فقيل لكل داخل باهله بان انتهى (قوله ولو كانت كتابية) لكنه يكره بحر عن البدائع قال والظاهر انها تنزيهية (قوله وقال الشافعى لا يجوز نكاح الامة الخ) لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ولنا قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولفظ النساء عام يدخل تحته الاماء والحرائر وما تلى يوجب الحكم عند وجود الوصف المذكور وعند وجود الشرط ولا يتعرض للنفى ولا للاثبات عند عدمه وكقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا زيلعى (قوله وقال ايضا لا يجوز الخ) لما فيه من تعريض الجزء على الرق قلنا ليس فيه ارقاق الحر لان الارقاق يستدعى تقديم الحرية والنطفة لا توصف بالحرية فبطل ما ذكره ان لا يحصل الولد بان يتزوج عاقرا او بالامتناع عن التزوج فكذا له ان لا يحصل وصف الحرية فى الولد زيلعى (قوله اى لا يحل نكاح الامة على الحرة) المتزوجة بنكاح صحيح بحر ومقتضاه جواز ادخال الامة على الحرة اذا كان نكاح الحرة فاسدا وبه صرح فى الشرنبلالية حيث قال فلو دخل بالحرة بنكاح فاسد لا يمتنع نكاح الامة انتهى وانما لا يحل تزوج الامة ولو مدبرة او ام ولد على الحرة لانه عليه السلام نهى ان تنكح

الامة

او كانت اسرائيلية او غيرها (ق)
ولكن يكره
تزوج (الصابئة) ولكن يكره نكاح الصابئة من
...
وقال الشافعى لا يجوز
...
تزوج (الحرة) على الامة
اى لا يحل نكاح الامة على الحرة
...
الامة على الحرة

الامة على الحرة قال وتنكح الحرة على الامة قيد بالنكاح لان مراجعة الامة على الحرة جائز ووجهه كما في الزيلعي ان الملك فيها باق ومافي النهر عن المحيط لا يجوز نكاح الامة على الحرة ولا معها ويجوز نكاح الامة على الامة ومعها يشير الى انه لو تزوجهما بعقد صح نكاح الحرة وبطل نكاح الامة وبه صرح الزيلعي واعلم ان بطلان نكاح الامة مقيد بما اذا كان يصح نكاح الحرة وحدها فان لم يصح فضمها الى الامة لا يوجب بطلان نكاح الامة حموى عن شرح ابن الشلبي وعن هذا قال الزيلعي تزوج اربعا من الاماء وخمسا من الحرائر في عقد صح نكاح الاماء لان التزوج بالخمس باطل فلم يتحقق الجمع انتهى ولو تزوج امة بغير اذن مولاها ولم يدخل بها حتى تزوج حرة فاجازه المولى لم يجز لان للاجازة حكم الانشاء في حق الحكم ولو تزوج ابنتها قبل الاجازة جاز لان الموقوف عدم في حق الحل فلا يمنع نكاح غيرها نهر ومافي الاشباه في القاعدة الثانية اذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام الحلال من انه اذا تزوج حرة وامة في عقد واحد بطل فيهما سبق قلم منه اومن الناسخ فقد اعاد الزيلعي المسئلة في خيار الشرط كما هنا وهو موافق للخانية والخلاصة والوجه ظاهر فان حل الامة انقص من حل الحرة واجتمع في الامة وحدها المحرم والمبيح لانه لو تقدمت على الحرة حلت ولو تأخرت حرمت فقلنا بحرمة الامة دون الحرة عند العقد عليهما معا ترجيحا للمحرم على المبيح وقد كنت توقفت فيها حتى وجدت العلامة السيد احمد الحموى سبقني الى اعتراض العبارة وجزمه بالسهو امامنه أومن الناسخ شيخنا (قوله برضا الحرة) لان المنع لحقها كي لا يلحقها زيادة غضاضة بادخال الامة عليها فيرتفع برضاها زيلعي (قوله وقال الشافعي الخ) بناء على ان طول الحرة لا يمنع من التزوج بالامة في حق العبد عنده وانما كان ذلك في حق الحر فقط فلا يكون نكاحها ضرورة فافي حقه عنده والحجة عليهما كما سبق قوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة اذ هو مطلق (قوله ولو كان تزوج الامة في عدة الحرة مطلقا) شمل الاطلاق مالو كانت العدة من نكاح فاسد وبه صرح البرجندي حموى ويخالفه مافي النهر من انها لو كانت عن فاسد او وطء بشبهة لم تمنع ومثله في البحر ايضا (قوله اوثلاث) فيه ان الثلاث لا يباين البائن حتى يعطفه باوحموى (قوله وعندهما يجوز ان كانت الخ) لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم واما الجمع بينهما فليس بمحرم بدليل جوازه فيما اذا تقدم نكاح الامة بخلاف نكاح المراة في عدة اختها اوالخامسة في عدة الرابعة لان المحرم هناك الجمع وقد تحقق ولابي حنيفة ان لبقاء العدة حكم قيام النكاح فالاحتياط المنع زيلعي (قوله واربع من الحرائر والاماء) وعليه اجماع الائمة الاربعة ومن جوز اكثر من ذلك فقد خرق الاجماع وسنده قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع لان حل الواحدة كان معلوما وهذه لبيان حل الزائد عليها الى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك وانما كان العدد في الآية مانعا من الزيادة لوقوعه حالا قيدا في الاحلال المفهوم من فانكحوا ولم يعطف باو لانه لو عطف باو لكان الحل مقتصرا على هذه الاعداد نهر عن الفتح لان او التخييرية تمنع الجمع بخلاف كونها للاباحة فانها تجوزه كقولك جالس الحسن اوابن سيرين شيخنا وكونه قيدا في الاحلال المفهوم من الآية ظاهر في انه حال مما طاب وبه صرح العلامة وجعله القاضي وغيره حالا من فاعل طاب ولا منافاة بينهما في المعنى وقوله لكان الحل مقتصرا على هذه الاعداد اى على أحدها واعلم انه وقع في الهداية والتبيين ان التنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه قال في الشرنبلالية وهذا قول بالمفهوم ولا نقول به فكان ينبغي ان يقال كما في الكافي والاقتصار على الاربع في موضع الحاجة الى البيان يدل على انه لا يجوز الزيادة عليه انتهى ثم اعلم ان حل الاربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن اكثر من واحدة عند خوفه قاله الكمال وفي البحر عن البدائع ما يفيد انه اذا خاف عدم العدل يستحب ان لا يزيد لا انه يحرم شرنبلالية ايضا قيد بالتزوج لان التسري غير مقيد بعدد حتى لو كان له اربع من الحرائر والف من الاماء فاراد شراء امة اخرى فلامه رجل يخشى عليه الكفر لقوله تعالى الا على ازواجهم اوماملكت ايمانهم فانهم غير ملومين مقتضى التعليل ان يخشى عليه

برضا الحرة وقال الشافعي يجوز نكاح
الامة على الحرة للعبد (ولو في عدة الحرة)
اى لا يحل ولو كان تزوج الامة في عدة
الحرة مطلقا سواء كانت عدة طلاق
بائن او ثلاث او رجعي عند ابي حنيفة
وعندهما يجوز ان كانت العدة عن
طلاق بائن وثلاث وان كانت معتدة
عن طلاق رجعي لم يجز اتفاقا (و) حل
تزوج (اربع) نسوة (من الحرائر
والاماء فقط) للحر وقال الشافعي
لا يجوز للحر ان يتزوج

الكفر ايضا اذا اراد التزوج على امرأته فلامه رجل اذلا فرق بينهما كما فى النهر متعقبا لما فى البحر من قوله و ينبغى ان لا يخاف عليه الكفر قال وما فرق به من ان فى الجمع بين الحرائر مشقة بسبب وجوب العدل بينهن بخلاف الجمع بين السرارى فانه لا قسم بينهن مما لا اثر له مع النص وفى النهر عن البزازية له امراة وجارية فاراد أخرى فقالت اقتل نفسى له ان يأخذ ولا يمتنع لانه مشروع فلو ترك لئلا يغمها يؤجر لحديث من رق لامتى رق الله له (فرع) دخل يهودى على ابى يوسف فقال ما بال الزوج يتزوج اربع نسوة ولا يحل للمرأة الا زوج واحد فقال ابو يوسف هذا تعبد فقال هشام بن الحكم أمرنى القاضى اجيبه فقال لان الرجل اذا تزوج اربعا فالانساب كلها ترجع اليه ولا تختلط ولو كان للمرأة ان تتزوج اكثر من واحد لاختلط الانساب قال محمد الجواب على ما قال ابو يوسف لان الامر لو كان على هذا المعنى لكان للرجل ان يتزوج اكثر من اربع نسوة حموى عن النوازل (قوله الا امة واحدة) لانه ضرورى عنده ولنا الاطلاق قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء (قوله تزوج تسع للحر) لان الله اباح ثنتين بقوله مثنى ثم عطف عليه ثلاث ورباع بالواو وهى للجمع فيكون المجموع تسعا وهذا خرق للاجماع فان الامة اجمعت على انه لا يجوز اكثر من اربع ولا حجة لهم فيما ذكر لان الخطاب للجميع والواو بمعنى او ولا تفيد الجمع نظيره جاعل الملائكة رسلا اولى أجنحة مثنى وثلاث ورباع ليس معناه ان لكل واحد منهم تسعة اجنحة بل معناه ان لطائفة منهم اثنين ولطائفة ثلاث ولطائفة اربع زيلعى واعلم ان مثنى وثلاث ورباع غير منصرفة للعدل والصفة فانها بنيت صفات وان كانت اصولها لم تبن لها وقيل لتكرار العدل فانها معدولة باعتبار الصيغة والتكرير منصوبة على الحال من فاعل طاب بحر عن البيضاوى (قوله وثنتين للعبد) ولو مدبرا أو مكاتبا نهر أو ابن أم ولد غاية يعنى من غير مولاها شيخنا لان ابن أم الولد من مولاها حر ويكفى لثبوت نسب ولد ام الولد من المولى ان لا ينفيه وان لم يدعه بخلاف الامة حيث يتوقف ثبوت نسب ولدها على وجود الدعوة من السيد كما سيأتى فى محله قيد بالتزوج لان التسرى لا يحل له ولو مكاتبا لانه ينبنى على الملك نهر ومنه يعرف ان ما يقع لبعض التجار من انه يدفع جارية لعبده ليطاها من غير عقد فذلك حرام فليجتنب وانما ملك الطلاق لانه لمن اخذ بالساق (قوله وقال مالك له ان يتزوج اربعا) للعمومات والحجة عليه ما روى عن عطاء ان أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم اجمعوا على ان العبد لا يجمع بين النساء فوق اثنتين ولان الرق منصف للنعمة زيلعى (قوله ولكن لا يطأ الخ) لقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره فان قيل كيف يسقيه مع انسداد فم الرحم قلت الشعر ينبت من ماء الغير بحر والمراد ازدياد نبات الشعر لا اصل نباته قال فى التبيين والكافى لان به يزداد سمعه و بصره حدة كما جاء فى الخبر شرنبلالية ودواعى الوطء كالوطء بحر وقوله عليه السلام فلا يسقين ماءه زرع غيره يجوز ان يكون ماءه مفعولا اولا ليسقى والفاعل ضمير من ويجوز ان يكون هو الفاعل وعداه لمفعول واحد علقمى عن العراقى شيخنا (قوله حتى تضع حملها عندهما) اذ انه لا نفقة لها وقيل يجب والاول اوجه ولا خلاف فى جوازه للزانى نهر لكن نقل الحموى عن المفتاح معزيا للمجموع النوازل انه اذا تزوج حبلى من الزنا فالنكاح صحيح عند الكل وتستحق النفقة عند الكل و يحل له وطؤها عند الكل انتهى واقول يمكن حمل حل الوطء يعنى ولو قبل الوضع على ما اذا كان ذلك الرجل الذى تزوج بها معترفا بان الحمل منه بان كان هو الذى زنا بها يدلك على هذا ما نقله الحموى ايضا عن الخاسية من انه اذا اتهم رجل بامرأة فظهر بها حمل والرجل ينكر فزوجت منه جاز النكاح فى قول ابى حنيفة ومحمد ولا يحل له وطؤها حتى تضع حملها انتهى بناء على ان مفهوم قوله وهو ينكر انه لو كان مقرا جاز له الوطء لعدم سقيه زرع غيره كما ذكره الحموى ايضا قائلا ومفهوم الرواية معتبر وكما يجوز له وطؤها ولو قبل الوضع اذا كان هو الزانى فكذا يثبت نسب الولد منه كما فى الدر المختار عن النهر ونصه ونكحها الزانى حل له وطؤها اتفاقا والولد له ولزمه النفقة ولو زوج امته أو ام ولده الحامل بعد علمه قبل

الامة واحدة حال عدم طول الحرة على ما مر آنفا وانما قال نقط نفيا لقول اصحاب الظواهر فانهم يجيزون تزوج تسع للحر (و) الامام (للعبد) حل تزوج (ثنتين) من الحرائر والاماء (و) قال مالك له ان يتزوج اربعا (و) حل تزوج (حبلى من زنا) ولكن لا يطؤها حتى تضع حملها عندهما

اقراره به جاز وكان نفيا انتهى وهو باطلاقه شامل لما اذا جاءت به بعد النكاح فى مدة حمل تام ام لا وهو مخالف لما نقله الحموى عن الواقعات الحسامية حيث قال رجل زنا بامرأة فحملت منه فلما استبان حملها تزوجها الذى زنا بها فالنكاح جائز فان جاءت بولد بعد النكاح لستة اشهر فصاعدا يثبت النسب منه ويرث منه لانها جاءت بالولد فى مدة حمل تامة عقيب نكاح صحيح وان جاءت به لاقل من ستة اشهر لا يثبت النسب ولا يرث منه لانها لم تجئ به لمدة حمل تامة انتهى (قوله وعند ابى يوسف يفسد النكاح) قياسا على الحبلى من غيره بجامع ان كلا منهما محترم لا يجوز اسقاطه والفرق لهما ان الامتناع فى ثابت النسب لحرمة صاحب الماء لا للحمل ولا حرمة للزانى نهر (قوله لا من غيره) ولا من حربى أو سيدها المقر به كما فى الدر وعن ابى حنيفة ان كان من حربى كالمهاجرة والمسبية يجوز النكاح ولا يطأ حتى تضع واعتمدها الكرخى والطحاوى ومنعها محمد والاول اصح عينى وظاهره ترجيح جواز العقد على الحبلى من حربى بناء على ان قوله والاول اصح يرجع لقوله وعن ابى حنيفة الخ لكن يخالفه ما فى الزيلعى من قوله ان الاصح المعتمد عليه منع محمد جواز نكاح المهاجرة والمسبية الحامل انتهى وتزول المخالفة بجعل قوله والاول اصح عائدا الى قوله لا من غيره واعلم ان اطلاق قوله لا من غيره يشمل ام ولده الحامل فلو زوجها فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفى الولد بالنفى من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل نهر عن الهداية والفراش صير ورة المرأة بحال لو جاءت بولد ثبت نسبه من غير دعوة عناية والفراش ثلاثة انواع قوى ووسط وضعيف فالاول فراش المنكوحة يثبت نسب ولدها بلا اقرار ولا ينتفى الا باللعان والثانى فراش ام الولد يثبت النسب بلا اقرار وينتفى بمجرد النفى والثالث فراش الامة لا يثبت نسب ولدها بلا دعوة فلما كان الفراش غير متأكد فى أم الولد لم يعتبر الفراش ما لم يتصل به الحمل فجاز تزويجها قبل الحبل بخلاف ما بعد الحبل حيث لم يجز تزويجها لانها اعتبرت حينئذ فراشا لمولاها فلو جاز النكاح لزم الجمع بين الفراشين شيخنا عن الغاية (فرع) تزوج امرأة فجاءت بسقط استبان خلقه بمقدار بعة اشهر جاز نكاحها وان كان اقل لم يجز لان خلقه لا يكون الا فى مائة وعشرين يوما حموى عن البرجندى (قوله فالنكاح فاسد اجماعا) لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله والمراد انقضاء العدة ولا تعتد الحبلى من الزنا شيخنا عن الغاية (قوله والموطوءة بملك يمين الخ) بالجر عطفا على تزوج الكتابية اى وحل ايضا تزوج الموطوءة عينى وقال الرازى معطوف على حبلى من زنا حموى (قوله ويستحب للمولى ان يستبرئها) الصحيح وجوبه وجعل فى الحاوى الحصيرى الوجوب قول محمد بحر عن الذخيرة (قوله وقال محمد لا احب الخ) ظاهر كلام الشارح انهما لا يقولان باستحباب الاستبراء بناء على ان استحباب الاستبراء قول محمد فقط لا على ما قاله بعض المشايخ من انه قول الكل وذلك ان محمدا انما نفى الاستحباب ومعنى نفى الاستحباب أنه ان وطئ قبل الاستبراء يكون تاركا للمستحب وهما اثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة نهر لكن كلامه فى الهداية يقتضى ان الاستحباب قول محمد فقط بدليل قوله والخلاف مقيد بما اذا لم يستبرئها المولى فان استبرأها كان للزوج ان يطأها بدونه اتفاقا انتهى وحكاه فى غاية البيان بقيل (قوله وكذا الحكم ان رأى رجل امرأة تزنى) وله ان يطأها خلافا لمحمد كذا قال الزيلعى والخلاف محمد فى حل الوطء لا فى صحة العقد فقوله خلافا لمحمد متعلق بقوله وله ان يطأها لا بجاز لان نكاح الزانية جائز اتفاقا اذا لم تكن حبلى فان كانت حبلى صح خلافا لابى يوسف شرنبلالية فان قلت ينبغى ان لا يحل وطؤها لاحتمال الشغل ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح واجيب بانه تعارض احتمال وجود الحل وعدمه فرجحنا جانب العدم لاصالته ولتقوى الاصالة بعدم حرمة صاحب الماء نهر عن العناية ثم قال لكنه يندب له استبراؤها قبل الوطء على ما مر وفى هذا تصريح بجواز نكاح الزانية وفى المجتبى لا يجب تطليق الفاجرة ولا يجب عليها تسريح الفاجر واما قوله تعالى والزانية لا ينكحها الا زان او مشرك فمنسوخ باية

وعند أبى يوسف يفسد النكاح (لا من غيره) أى لا يحل تزوج حبلى من غير زنى حتى ان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح فاسد اجماعا (و) حل تزوج (الموطوءة بملك يمين) (أو زنا) بان وطئ المولى امته ثم زوجها من غيره ويستحب للمولى ان يستبرئها واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب أن يطأها قبل أن يستبرئها وكذا الحكم ان رأى رجل امرأة تزنى فتزوجها (و) حل تزوج

فانكحوا ما طاب لكم زيلعي ولعل معنى تسريح القاضي الاخذ في اسبابه كان تبذل له مالا ليخالعها حموى قال اوترفع امرها للقاضي فيطلق عليه انتهى ومراده قاض يراه (قوله والمضمومة الى محرمة) لان المبطل في احداهما فيتقدر بقدره بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فافترقا زيلعي وقوله بخلاف البيع اي بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع حيث لا يصح في العبد لان قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد بحر ولو دخل بالمحرمة فلها مهر المثل كما في الدراية يجب لها مهر المثل بالغا ما بلغ وهو الصحيح ومافي الزيادات من ان لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الالف فقولهما كما في النهر (قوله بان كانت ذات رحم محرم) او منكوحة الغير او معتدة الغير غاية بيان (قوله وعندهما يقسم الى آخره) لان المسمى مقابل بهما فيكون منقسما عليهما فيلزمه حصة ما سلم له ولا يلزمه حصة مالم يسلم كما اذا اشترى عبدا ومدبرا يلزمه حصة العبد دون المدبر ولابي حنيفة ان التي لا تحل لا تصلح ان تكون مزاحمة للتي تحل فيكون لها كله كما لو تزوجها وحمارا او جدارا بخلاف بيع القن مع المدبر لان المدبر داخل في العقد لكونه محلا له وانما ينتقض البيع بعده لحقه فيكون له حصة والمحرمة ليست بداخلة فيه زيلعي واورد على قول الامام ان ايجاب مهر المثل واسقاط الحد بالدخول فرع دخولها في العقد وقد قال بعدمه واجيب بان ذلك من حكم صورة العقد وعلى قولهما كيف وجب حصتها من الالف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد مع ان الحد والمهر لا يجتمعان قال في الفتح ولا مخلص الا بتخصيصهما الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد نهر (قوله على مهر مثلهما) حتى لو كان الفا ومهر مثل المحرمة الفان والمحللة الف كان لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث (قوله وبطل نكاح المتعة) وهذا كان مباحا ايام خيبر وايام فتح مكة الا انها صارت منسوخة باجماع الصحابة ولو اباحه صار كافرا لكن ليس فيه تعزير ولا حد ولا رجم قهستاني وفي الزيلعي روى انه عليه السلام حرمها يوم خيبر من رواية علي بن ابي طالب متفق عليه وروى انه عليه السلام حرمها يوم الفتح رواه مسلم وقال بعضهم نسخت بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم وهي ليست من الازواج بدليل انتفاء حكم النكاح عنها وانتفاء شرطه من وجوب النفقة والسكنى والطلاق والعدة والارث وصحة الايلاء والظهار والشهود ولا هي مما ملكته الايمان ثم اعلم ان المتعة على اربعة اوجه اثنتان في الحج واثنتان في النكاح اما اللتان في الحج فاحداهما مشروعة ذكرت في باب التمتع في الحج والاخرى منسوخة وهي فسخ احرام الحج بافعال العمرة وهو ان الرجل اذا دخل مكة محرما بالحج قبل وقت الحج ثم اراد ان يخرج من احرام الحج بافعال العمرة وهذا قد كان ثم نسخ واما اللتان في النكاح فاحداهما مشروعة وهي ثلاثة اثواب درع وخمار وملحفة والاخرى غير مشروعة وهي نكاح المتعة غاية (قوله وقال مالك هو جائز) قال الاتقاني وهذا فيه نظر عندي لان مالكا روى الحديث على عدم جواز المتعة في الموطا ولم يرو خلاف ذلك ولم ينقل قولا آخر غيره واما ابن عباس فكان يقول ذلك ثم رجع وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي المتعة ان يقول اعطيك كذا على ان اتمتع بك يوما او نحو ذلك ثم قال وهذا الاختلاف من العلماء في فساده فعلم ان جواز المتعة عند مالك ليس بصحيح وقد قال مالك في المدونة ولا يجوز النكاح الى اجل قريب او بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة الى هنا لفظ مالك كذا بخط شيخنا والحاصل ان نسبة القول بجواز المتعة الى الامام مالك خطأ وغلط (قوله وبطل نكاح الموقت) من عطف الخاص على العام بناء على ماذكره الكمال من ان الموقت من افراد المتعة وان عقد بلفظ التزويج واحضر الشهود كما في البحر خلافا لما في العناية لان مبنى الفرق بينهما على انه في المتعة لابد وان يكون بلفظ اتمتع بك ونحوه مع انه لم يعرف في شئ من الآثار لفظ واحد ممن باشرها من الصحابة بلفظ اتمتع بك نهر (قوله سواء كان وقتا طويلا الخ) وشمل المدة المجهولة ايضا وقيد بالموقت لانه لو تزوجها على ان يطلقها بعد شهر فانه جائز لان اشتراط القاطع يدل على انعقاده مؤبدا وبطل الشرط

(والمضمومة الى محرمة) بان جمع بين امرأتين في عقدة واحدة واحداهما لا يحل له نكاحها بان كانت ذات رحم محرم منه حل نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الاخرى (و) جميع (المسمى) اي المهر (لها) اي للمضمومة عند ابي حنيفة وعندهما يقسم المسمى على مهر مثلهما فما اصاب التي بطل نكاحها سقط وما اصاب التي حل نكاحها يجب (وبطل نكاح المتعة) وصورتها بان يقول لامرأة خذي هذه العشرة لاتمتع بك اياما وقال مالك هو جائز (و) بطل نكاح (الموقت) مطلقا سواء كان وقتا طويلا او لا وصورته ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام

كما فى القنية ولو تزوجها بنية ان يقعد معها مدة نواها فالنكاح صحيح لان التوقيت انما يكون باللفظ شرنبلالية عن البحر ولا بأس بتزوج النهاريات وهو ان يتزوجها على ان يقعد معها نهارا دون الليل زيلعى لكن هل لها ان ترجع وتطالبه بالمبيت عندها ليلا الظاهر لها ذلك حيث كان لها ضرة ولا يمنعها الشرط السابق (قوله وقال زفر التوقيت باطل والنكاح صحيح) لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة قلنا هو فى معنى نكاح المتعة والعبرة للمعانى دون الالفاظ زيلعى وفيه تأييد لما ذكره الكمال من عدم المغايرة بين المتعة والموقت (قوله وروى الحسن عن ابى حنيفة الخ) لانه فى معنى المؤبد ووجه الظاهر ان التوقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد زيلعى (قوله والفرق بين النكاحين فى اللفظ لا المعنى) وهو ان الاول يقع بلفظ التمتع والثانى بلفظ النكاح وفيه نظر بل بينهما فرق من حيث المعنى وهو ان المتعة يشترط فيها تعيين مقدار المهر فيصير بظاهره كالبيع بخلاف الموقت حيث لا يشترط فيه ذكر المهر حموى عن البرجندى وهو يخالف ما سبق عن الكمال والزيلعى فتنبه وقوله فيصير بظاهره كالبيع أى من حيث انه يشترط فى البيع تعيين مقدار الثمن (تتمة) لم يتعرض المصنف ولا الشارح لحكم تعليق النكاح بالشرط كما لو قال لبنته ان دخلت الدار زوجتك من فلان وقال فلان تزوجتها فان التعليق لا يصح وكذا النكاح خلافا لما فى الدرر حيث قال التعليق لا يصح وان صح النكاح ولهذا تعقبه فى الشرنبلالية بقوله لم أر من قال بصحة النكاح المعلق سوى المصنف بل كلامه فى البيوع يخالف هذا حيث قال النكاح لا يصح اضافته الى الزمان كما لا يجوز تعليقه بالشرط لما فيه من معنى القمار انتهى وصرح بعدم صحة النكاح المعلق فى الفتح والخلاصة والبزازية عن الاصل والخانية والتتارخانية وفتاوى أبى الليث وجامع الفصولين والقنية ولعله اشتبه عليه النكاح المعلق على شرط بالنكاح المشروط معه شرط فاسد وبينهما فرق واضح اه فان قلت ماذكره فى الشرنبلالية يشكل بما ذكره عزمى زاده حيث اقر ما فى الدرر وذكر ان ماذكره من ان النكاح يصح ويبطل التعليق موافق لما فى الخلاصة والعمادية ولفظهما والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط ولا اضافته ولكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط انتهى فلا وجه لما قيل بل النكاح غير صحيح الخ ماذكره قلت ذكر شيخنا ان ماذكره عزمى زاده سهو منه بين واشتباه انتهى واعلم انه يستثنى من عدم صحة تعليق النكاح بالشرط ما اذا علق بشرط كائن كما لو خطب ابنته فقال انى زوجتها من فلان أمس فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها أمس من فلان فقد زوجتها منك وقبل ثم ظهر انه لم يكن زوجها ينعقد لان التعليق بشرط كائن تحقيق فيكون تنجيزا كما فى الدرر والغرر عن العمادية وكذا اذا وجد المعلق عليه فى المجلس كذا ذكره حموى زاده وعممه المصنف أى مصنف التنوير بحثا لكن فى النهر قبيل كتاب الصرف فى مسئلة التعليق برضا الاب والحق الاطلاق قال فى الدر فليتأمل المفتى (قوله وحل له وطء امرأة ادعت عليه الخ) ويشترط حضور الشهود عند القاضى وقت القضاء فى قول العامة وعند بعضهم لا يشترط قال فى الفتح وهو الاوجه لان انعقاد العقد فى ضمن القضاء وما ثبت فى ضمن شئ لا يراعى فيه شرائطه ولهذا اسقط الايجاب والقبول كما فى الزيلعى (قوله وعندهما وعند الشافعى الخ) وبه يفتى شرنبلالية عن المواهب (قوله وهى مسئلة قضاء القاضى الخ) فينفذ ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة والمراد من النفاذ ظاهرا ثبوت حكمه كالتمكين والنفقة والقسم وغير ذلك والمراد من النفاذ باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله تعالى وان أثم المدعى اثم اقدامه على الدعوى الكاذبة ثم لهم ان القضاء اظهار ما هو ثابت لا اثبات ما لم يكن ثابتا فلا ينفذ قضاء القاضى باطنا لان الشهود كذبة كما اذا ظهر الشهود كفارا او عبيدا أو محدودين فى قذف ولهذا لا ينفذ القضاء باطنا بشاهدى زور اذا كانت المرأة منكوحة الغير او معتدة الغير وكذا لا ينفذ القضاء باطنا فى الاملاك المرسلة وله ان القاضى مأمور بالقضاء بالشهادة الصادقة عنده لا عند الله تعالى لان الوقوف على حقيقة الصدق متعذر لان حقيقة الصدق لا يعلمها الا الله تعالى بخلاف ما اذا وجدوا كفارا ونحوهم حيث لا ينفذ القضاء باطنا لان الوقوف على هذه

وقال زفر التوقيت باطل والنكاح صحيح وروى الحسن عن أبى حنيفة انهما اذا وقتا وقتا لا يعيشان الى ذلك غالبا يصح والفرق بين النكاحين فى اللفظ لا المعنى (و) حل (له وطء امرأة ادعت عليه انه تزوجها) وأقامت البينة (وقضى) القاضى (بنكاحها بينة و) الحال انه (لم يكن تزوجها) قبل وعندهما وعند الشافعى لا يسعه ان يطأها وهى مسئلة قضاء القاضى فى العقود والفسوخ بشهادة الزور وستجىء فى باب أدب القاضى

الاشياء متيسر بالامارات فاذا لم يقف علم انه قصر فلم يكن مأمورا بالقضاء كما اذا قضى فى حادثة باجتهاده وثمة نص آخر بخلافه لا يعلمه أما هنا فقد بالغ فى التفحص عن حال الشهود فلم يوجد منه تقصير غاية ولا خلاف بينهم فى الاملاك المرسلة ان قضاءه لا ينفذ ومعناه ان يدعى الملك المطلق ولم يذكر له سببا بان قال هذا ملكى وأقام البينة عليه وقضى به القاضى زيلعى

(باب الاولياء والاكفاء)

لما ذكر النكاح وألفاظه ومحله شرع فى بيان عاقده نهر والولى فى اللغة خلاف العدو وفى الاصول هو العارف بالله تعالى بأسمائه وصفاته حسب ما يمكن المواظب على الطاعات المجتنب المعاصى الغير المنهمك فى اللذات والشهوات شرنبلالية (قوله وهى جمع ولى) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها وهو وتوجيه الاول بتأويل الجمع بالجماعة والثانى بارجاع الضمير على الجمع باعتبار مفرده حموى وتعقبه شيخنا بان فيه من التكلف ما لا يخفى فان المتبادر من النسخة الموجود فيها هى عود الضمير على كلمة الاولياء وضمير هو على النسخة الاخرى راجع الى لفظ الجمع ولا شك ان اعتبار المعنى وان كان صحيحا لا يناسب الجهل فى الثانى انتهى والولى هو العاقل البالغ الوارث فخرج الصبى والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة وما فى البزازية من ان الاب او الجد اذا كان فاسقا فللقاضى ان يزوج من الكفء قال فى الفتح انه غير معروف فى المذهب وهى على نوعين ولاية ندب وهى الولاية على العاقلة البالغة بكرا كانت او ثيبا وولاية اجبار وهى الولاية على الصغيرة بكرا كانت او ثيبا والمعتوهة والمرقوقة وتثبت بالقرابة والملك والولاء والامامة نهر واطلق المرقوقة فعم ما الرق فيها كامل وهى القنة او ناقص وهى المدبرة وأم الولد لانه ثبت لهما بالتدبير والاستيلاد حق الحرية والحاصل ان الرق فى المدبرة وام الولد قائم غير زائل بدليل انهما انما يعتقان بعد موت المولى وان كان بالتدبير والاستيلاد انتقص الرق فيهما ولهذا لا يجزى عتقهما عن الكفارة اذا علمت هذا ظهر انه لا وجه للتصويب الذى نقله السيد الحموى عن ابن الكمال فى اصلاح الهداية حيث ذكر ان الصواب ابدال المرقوقة بالمملوكة فتدبر (قوله وهى تنفيذ الحكم على الغير الخ) هذا التعريف قاصر على ولاية الاجبار ولا يشمل ولاية الندب حموى بدليل قول الشارح شاء او أبى (قوله نفذ نكاح حرة الخ) لما كان نفى وجوب الولاية فى النكاح هو المهم لاشتهار الوجوب فى بعض الديار افتتح الباب به وتقييده بالحرة للاحتراز عن الامة ولو مدبرة او مكاتبة او أم ولد نهر (قوله عاقلة بالغة) مسلمة كانت أم لا وما فى العينى من تقييده بالمسلمة قال فى النهر انه من سبق القلم (قوله بلا حضور ولى واذنه) سواء زوجت نفسها من كفء أم لا فى ظاهر الرواية عن الامام وصاحبيه لانها تصرفت فى خالص حقها فصار كما اذا تصرفت فى مالها (قوله واعلم ان النفاذ أخص من الانعقاد) يعنى وبينهما عموم وخصوص مطلق فلهذا اختار المصنف التعبير به دونه حموى (قوله وعن أبى يوسف الخ) الذى فى الزيلعى وكان أبو يوسف يقول اولا انه لا ينعقد الا بولى اذا كان لها ولى ثم رجع وقال ان كان الزوج كفؤا لها جاز والا فلا ثم رجع وقال جاز سواء كان الزوج كفؤا لها او لم يكن انتهى ومنه يعلم ان ما ذكره الشارح عن أبى يوسف بالنسبة لقوله الاول وسيأتى فى كلام الشارح ما يدل على ذلك وهو قوله ثم فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وهو قولهما آخرا لو تزوجت من غير كفء يصح (قوله وعند محمد ينعقد موقوفا) ويروى رجوعه الى قولهما زيلعى وسيذكره الشارح فى الفصل الذى يلى هذا الباب ويشير اليه ما سيأتى من قوله ثم فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وهو قولهما آخرا لو تزوجت من غير كفء يصح (قوله وعند مالك والشافعى لا ينعقد بعبارة النساء اصلا) لقوله عليه السلام لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل ولنا قوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن وقوله عليه السلام الايم أحق بنفسها من وليها زيلعى وروى ابن عباس ان فتاة جاءت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان أبى زوجنى من ابن أخ له وانا له كارهة فقال

(باب الاولياء) وهى جمع ولى وهو من الولاية وهى تنفيذ الحكم على الغير شاء او أبى (والاكفاء) وهى جمع كفء وهو النظير (نفذ نكاح حرة) (مكلفة) مطلقا سواء كانت بكرا أو ثيبا عاقلة بالغة (بلا) حضور (ولى) واذنه عندهما واعلم ان النفاذ أخص من الانعقاد وعن أبى يوسف فى غير ظاهر الرواية لا ينعقد الا بولى وعند محمد ينعقد موقوفا على اجازة الولى وعند مالك والشافعى لا ينعقد بعبارة النساء أصلا سواء زوجت نفسها أو بنتها او امها او توكلت بالنكاح عن الغير او زوجت نفسها باذن الولى او بنتها ثم فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وهو قولهما آخرا لو تزوجت من غير كفء يصح حتى يثبت حكم الطلاق والايلاء والظهار والتوارث

صلى الله عليه وسلم أجيزي ما صنع ابوك فقالت لا رغبة لي فيما صنع أبي فقال اذهبي فانكحي من شئت فقالت لا يارسول الله ولكني اردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من امور بناتهم شئ فيحمل ما رويناه على الحرة العاقلة البالغة وما روياه على الامة توفيقا ولان ماذكرناه سالم عن الطعن وما روياه مطعون فيه فقد حكى عن العباس بن المروزى قال سمعت يحيى بن معين يقول ثلاثة أحاديث لم تثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم كل مسكر حرام ومن مس ذكره فليتوضأ ولا نكاح الا بولي وشاهدى عدل ووافقه على ذلك أحمد بن حنبل واسحاق بن راهويه شيخنا عن الاختيار والايم هي التي لا زوج لها واسحاق بن ابراهيم بن راهويه هكذا عند المحدثين بضم الهاء وسكون الواو وفتح الياء وبالهاء الساكنة والنحويون يفتحون الهاء والواو و يسكنون الياء شيخنا عن شرح التقريب (قوله وغيرذلك) كحل المطلقة ثلاثا (قوله ولكن للاولياء حق الاعتراض) اراد بالاولياء خصوص العصبات لا مطلقا لما في الخانية على ماذكره الحموى من ان الاعتراض مخصوص بالعصبة انتهى ولو غير محرم كابن العم في الاصح كما في الدر عن الخانية أيضا قال فخرج ذووا الارحام والام والقاضي انتهى فلو عبر بالعصبة لكان أولى لكنه تبع صاحب الهداية (قوله حق الاعتراض) فيفسخه القاضي ما لم يسكت حتى تلد و ينبغي الحاق الحبل الظاهر بالولادة أو يوجد منه مايدل على الرضا كقبض المهر ورضا البعض كالكل اذا استووا والا فللاقرب حق الفسخ تنوير وشرحه وفي البرجندى على مانقل عنه الحموى معزيا الى الخزانة اذا رضى الاب كان للاخ طلب الفسخ الخ وعليه فلا يكون رضا البعض مسقطا حق من دونه وفي البرجندى على مانقل عنه الحموى أيضا معزيا للحصيرى اذا اجازه بعض الاولياء لم يبق للباقين حق الاعتراض الا عند أبي يوسف انتهى والتقييد برضا البعض لان التصديق من البعض بانه كفء لا يسقط حق من أنكر لانه ينكر سبب الوجوب وانكار سبب وجوب الشئ لا يكون اسقاطا له شرنبلالية عن البحر واشار في الدرر بقوله أي رضا بعض الاولياء كرضا كلهم حتى اذا عقد واحد منهم لم يقدر الباقي على فسخه انتهى الى ان المراد من قوله في المتن ورضا البعض كالكل ما هو الاعم من ان تكون هي التي باشرت العقد دون أوليائها فرضى أحدهم أو يكون العاقد أحدهم وحينئذ فلا حق لبقيتهم مع استواء درجتهم اذا علمت هذا ظهر ان ماذكره الشيخ شاهين من ان قوله حتى اذا عقد واحد الخ صوابه حتى اذا رضى لان فرض المسئلة في امرأة بالغة حرة زوجت نفسها من غير كفء انتهى ساقط اذ مبنى التصويب ذهوله عن كون رضا البعض شاملا لما قبل العقد كذا ذكره شيخنا قال ثم رأيته بحمد الله في البحر ونصه أطلق في الرضا فشمل ما اذا رضى بعضهم قبل العقد أو رضى بعده كما في القنية انتهى (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة ان النكاح لا ينعقد) وهذا كما في النهر ان كان لها ولى فان لم يكن صح النكاح اتفاقا لان عدم الصحة على هذه الرواية انما كان دفعا للضرر عن الاولياء فانهم قد يعيرون وأما ما يرجع الى حقها هي فقد سقط برضاها واعلم ان ما وقع في حاشية السيد الحموى من قوله فانهم قد يعيروا بدون النون صوابه يعيرون باثباتها اذ لا موجب لحذفها (قوله لا ينعقد) ظاهره البطلان وهو الظاهر من كلام الزيلعي والدر اذ المتبادر من نفي الانعقاد نفي الصحة فيشكل حينئذ بان الذى رواه الحسن كما ذكره الحموى عدم النفاذ فيما لو تزوجت من غير كفء فليحرر انتهى (قوله الفتوى على قول الحسن في زماننا) لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل ولي يحسن المرافعة وفي الجثو بين يدى القضاة مذلة فسد الباب و يتفرع عليه ما في النهر عن صدر الاسلام ان المطلقة ثلاثا لو زوجت نفسها غير كفء ودخل بها الزوج ثم طلقها لا تحل للاول على ما هو المختار يعني اذا كان لها ولى كما سبق أما لو باشر الولى عقد المحلل أو لم يباشر ولكن رضى به فانها تحل ولا بد من معرفته اياه ولا يكتفى بمجرد قوله رضيت بتزويجها من غير كفء اذا لم يعلم بالزوج لان الرضا بالمجهول لا يصح بحر تفقها وأقره في النهر وفي البحر وافتى كثير من المشايخ بظاهر الرواية فقد اختلف الافتاء ومثله في النهر أيضا عن برهان الائمة معللا بقوة دليل الامام الاعظم (قوله ولا تجبر بكر بالغة على النكاح) لانقطاع الولاية بالبلوغ ولانها حرة مخاطبة فلا يكون لغيرها عليها

وغيرذلك قوله ولكن للاولياء حق الاعتراض وروى الحسن عن أبي حنيفة ان النكاح لا ينعقد وبه أخذ كثير من مشايخنا قال شمس الائمة السرخسي هذا أقرب الى الاحتياط وقال القاضي الامام فخر الدين الفتوى على قول الحسن في زماننا (ولا تجبر بكر بالغة على النكاح)

ولاية وانما ملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملكه مع نهيها هداية والجد كالاب عند فقده وليس لهما ان لاتجيز القبض عند عدم النهى اما غيرهما من الاولياء فليس لهم ذلك الا بالامر ولو صغيرة الا اذا كان هو الوصى يعنى اذا كان وليها العاقد هو الوصى يملك قبض الصداق كسائر الديون وقيدوا بالبكر لان الثيب ليس لاحد قبض صداقها الا بامرها وقيدوا بالمهر لانه ليس له قبض ما وهبه واهداه الزوج لها قبل الدخول حتى لو قبضه كان للزوج استرداده نهر وقوله اما غيرهما من الاولياء فليس لهم ذلك الا بالامر ولو صغيرة أى بالامر منها او من القاضى ان كانت صغيرة كذا ذكره شيخنا (فرع) زوج الاب بنته من عبده ليكون محرما لها من غير علم العبد وأعلم البنت بذلك جاز حموى عن البرجندى فى فصل المحرمات معزيا الى الملتقط ومفهوم قوله وأعلم البنت ان اعلامها شرط للجواز بمعنى النفاذ وهذا ظاهر بالنسبة للبالغة أما القاصرة فلا يشترط اعلامها وفى هذه المسئلة ايماء الى ان المحرمية لا تثبت بالموقوف والا لما اشترط اعلامها فتدبر (قوله وقال الشافعى الاب والجد الخ) اعتبارا بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة فمدار الاجبار عنده على البكارة وعندنا على الصغر فالثيب البالغ لا جبر عليها اتفاقا والبكر القاصرة تجبر اتفاقا وفى البكر البالغ والثيب القاصرة الخلاف فهى رباعية (قوله فان استأذنها الولى الخ) هذا الاستئذان سنة فان زوجها بغير استئمارها فقد اخطأ السنة وتوقف على رضاها حموى عن المحيط وينبغى ان لا يكون الاستئذان سنة اذا كان العقد بعد ما زفت الى بيت الزوج لتقدم ما يدل على الرضا منها دلالة ولم أره وفى النهر اراد بالولى من له الولاية ندبا اذ الكلام فى البالغة ويقدم فى الاستئذان الاقرب فالاقرب فلو استأذنها الابعد فلا بد من القول كالاجنبى انتهى وسيأتى فى كلام الشارح التصريح به (قوله فسكتت) أى اختيارا كما سيجىء واراد بالسكوت السكوت عن الرد لا مطلق السكوت لانه لو بلغها الخبر فتكلمت بكلام اجنبى فهو سكوت هنا فيكون اجازة بحر (قوله او ضحكت) غير مستهزئة كما سيجىء وكذا اذا تبسمت فى الصحيح كما فى الدرر عن النهاية (قوله أو زوجها) قيد به لانه لو تزوجها بلا اذن فسكتت حين بلغها الخبر لم يكن رضا واجمعوا انه لو استأذنها فى ذلك أى فى تزويجها من نفسه فسكتت كان رضا نهر عن الخانية (قوله فبلغها الخبر) سوى المصنف بين الاستئذان وبلوغ الخبر لان وجه الدلالة فى السكوت لا يختلف بين أن يكون قبل العقد أو بعده عينى (قوله أى كل واحد منهما) يعنى السكوت أو الضحك عند الاستئذان أو السكوت عند بلوغ الخبر بقى ان يقال ظاهر صنيع المصنف ان الضحك عند بلوغ الخبر لا يعتبر وليس كذلك ولهذا قال فى البحر ولو قال المصنف ولو استأذنها الولى أو زوجها فعلمت به فسكتت أو ضحكت فهو اذن لكان اولى (قوله اذن) أى توكيل فى الاول واجازة فى الثانى وفى القنية استأمر البكر فسكتت فوكل من يزوجها ممن سماه جاز ان عرف الزوج والمهر واستشكله فى البحر بانه ليس للوكيل ان يوكل الا باذن أو باعمل برايك والمسئلة مقيدة فى الاول بما اذا اتحد الولى أما لو تعدد كما لو زوجها وليان استويا رتبة فسكتت فظاهر الجواب انه لا يكون اذنا بل لا بد من اجازة أحدهما بالقول أو الفعل وفى الثانى أى ومقيدة فى الثانى ببقاء الزوج حتى لو علمت بالنكاح بعد موته فسكتت لا يكون اجازة لبطلان النكاح بموته ولو قالت بعد الموت زوجنى أبى بأمرى وقالت الورثة بل بغيره ولم تعلمى بالنكاح قبله فالقول لها وعليها العدة ولها الميراث ولو قالت بغير امرى لكن بلغنى النكاح فرضيت كان القول لهم لانها اقرت ان العقد وقع غير تام ثم ادعت النفاذ فلا يقبل للتهمة نهر وقوله والمسئلة مقيدة فى الاول بما اذا اتحد الولى جرى عليه الحموى وغيره ولا يخفى انه لو أبدل قوله اتحد الولى بقوله اتحد العقد لكان اولى وقد جعلوا السكوت رضا فى مسائل نظمها فى فتح القدير نحوا من عشرين ثم قال والاستقراء يفيد عدم الحصر واوصلها فى العمادية الى ثلاثين وقد نظمها صاحب النهر من الرجز فقال

وقد أقاموا الصمت كالافصاح * فى عدة تأتيك بالايضاح
سكوت بكر عند قبض المهر * تزويجها مع البلوغ فادر

قوله ليكون محرما لها أى اعبارة تخلل لا يخفى وصوابه التحريم عليه امها ثبلا اه بحراوى

... بالقا. وان كان أى ... أو غيره من الاولياء وقال الشافعى الاب والجد يملك تزويج البكر البالغة اكراها (فان استأذنها) أى البكر البالغة (الولى) الاقرب بان قال اريد ان انكحك فلانا (فسكتت أو ضحكت أو زوجها) بدون الاستئذان (فبلغها الخبر) بعد التزويج (فسكتت فهو) أى كل واحد منهما (اذن) وانما قيدنا بالاقرب لانه ان استأذن

وواحد

وواهب لو عند قبض ما وهب * تصرف الصبي مع سكوت الاب
كذاك مولى العبد والحنث له * في قوله والله لا أذنه
سكوت مديون مع الابراء * كذا الوصي عند ذي الايصاء
وبائع لو عند قبض المشتري * وقول هازل بيع من لي
ان أجعلنه صحيحا وكذا * مع قوله وقفته عليك ذا
كذا الوكيل وقت ما قد وكلا * او الرقيق عند ما قد نقلا
كذا الشفيع بالمبيع قد علم * أو الشريك باختصاصه فهم

ووجد بخط صاحب النهر عقب قوله في قوله والله لا أذنه * كذاك لا ينزله في داره * وقد نزل وفي الدر المختار والسكوت كالنطق في سبع وثلاثين مسئلة مذكورة في الاشباه انتهى بقي ان يقال مقتضى كون السكوت أقيم مقام الاذن في هذه المسائل الحنث به وبه صرح في النهر نظما حيث قال * كذاك مولى العبد والحنث له * لكن ذكر في البحر ان السكوت ليس اذنا حقيقة لما في الخانية من الايمان اذا حلفت ان لا تأذن في تزويجها فسكتت عند الاستئمار لا تحنث انتهى (قوله ولي غيره) أي غير ذلك الولي اولى ولا يصح رجوع الضمير الى الولي الاقرب حموي (قوله وقيل هذا اذا كان لبكائها صوت) مقتضى قوله وقيل ضعفه مع انه في التنوير وشرحه جزم به ولم يحك خلافه واعلم ان اسم الاشارة في قوله وقيل هذا الخ يرجع لقوله ثم البكاء ليس برضا ولا يلزم من نفي كونه رضا ان يكون ردا ولهذا قال في الدر لم يكن اذنا ولا ردا حتى لو رضيت بعده أي بعد ما بكت بصوت انعقد معراج وغيره فما في الوقاية والملتقى فيه نظر انتهى (قوله لا يكون ردا) بل حزنا على مفارقة أهلها وعليه الفتوى زيلعي (قوله وقالوا ان ضحكت كالمستهزئة الخ) وعليه الفتوى زيلعي (قوله لا يكون رضا) حتى لو ردته ارتد ومنه قولها غيره أولى منه قبل النكاح لا بعده نهر عن الذخيرة (قوله ثم يعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة) حتى لو قال اريد ان ازوجك من رجل فسكتت لا يكون رضا ولو قال ازوجك من فلان أو فلان وذكر جماعة فسكتت فهو رضا بتزوجها من ايهم شاء وان قال من جيراني أو بني عمي ان كانوا يحصون فهو رضا والا فلا عيني وهذا أي اشتراط تسمية الزوج على وجه يقع لها به المعرفة محله ما اذا لم تفوض اليه (قوله ولا يشترط تسمية المهر) رجحه في الهداية كما في النهر لان النكاح يصح بدونه قال في الشرنبلالية وهذا لا ينهض لانه في نكاح توفرت شروط صحته ولم يذكر فيه مهر فيكون فيه مهر المثل لازما بلا ضرر وأما اذا لم يعلمها بقدر المهر وأعلمها بالزوج فقط وقد سمى لها قدرا لا يرضيها يكون الزامها بالنكاح بسكوتها حينئذ اضرارا بها اذ ليس لها غير المسمى فظهر ان اشتراط ذكر المهر لها مع علمها بالزوج هو الاوجه فلا يعدل عن هذا القول وهو الذي اختاره المتأخرون الخ (قوله والصحيح ان المزوج ان كان أبا او جدا) قال في الفتح وليس بشيء لان ذلك في تزويج الصغيرة بحكم الجبر والكلام في الكبيرة التي وجب مشاورتها والاب في ذلك كالاجنبي لا يصدر عنه شيء من أمرها الا برضاها غير ان رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا حموي (قوله شرط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة) وهو المختار حموي عن شرح النقاية للعلامة قاسم (قوله ولو كان رسولا الخ) لقيامه مقام مرسله فلا يشترط فيه لا العدد ولا العدالة غاية (قوله وان استأذنها غير الولي الخ) ليس على عمومه ولهذا قال الحموي يخص الغير بغير رسول الولي الاقرب او وكيله فانهما قائمان مقامه ذكره في الكافي ويؤخذ منه ان لوكيل الولي الاقرب ان يزوج بحضرة الولي الابعد وهي واقعة الفتوى انتهى (قوله او ولي غيره أولى منه) ظاهر كلامه ان الولي الابعد غير داخل تحت قوله وان استأذنها غير الولي بناء على ان المراد بالولي مطلقه فلا يخالف ما ذكر في البحر من قوله ودخل تحت غير الولي الابعد مع الاقرب لما قدمنا من ان المراد بالولي من له ولاية الاستحباب وليس للابعد مع وجود الاقرب ذلك فهو غير ولي وكذا لو كان الاب كافرا او عبدا او مكاتبا فهو غير ولي انتهى

ولي غيره اولى منه لم يكن ذلك رضا حتى تتكلم كما سيأتي في المتن ثم البكاء ليس برضا وقيل هذا اذا كان لبكائها صوت كالويل فاما اذا خرج الدمع بلا صوت الويل لا يكون ردا وقالوا ان ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا وذا معروف عند الناس وكذا اذا سكتت الخ كالسعال او العطاس او اخذ فمها لا يكون رضا ثم يعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة ولا يشترط تسمية المهر وقيل لا بد من تسمية المهر والصحيح ان المزوج ان كان أبا او جدا فذكر الزوج يكفي وان كان غيرهما فلا بد من تسمية المهر والزوج قوله او زوجها أي ان زوج البالغة فبلغها الخبر فسكتت بعده فهو اذن وعند محمد بن مقاتل ان استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا وأما اذا بلغها العقد فسكتت لا يكون رضا ثم المخبر ان كان فضوليا شرط فيه العدد او العدالة عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا (وان استأذنها غير الولي) او ولي غيره اولى منه

لانه يبتني على ان المراد بالولي خصوص الاقرب فلا تخالف (قوله فلابد من القول) لان سكوتها لقلة الالتفات الى كلامه فلا يدل على الرضا وأورد ان هذا مناف لاطلاق قوله عليه السلام في البكر اذنها ان تسكت غير مقيد بسكون المستأمر وليا وأجيب كما في النهر بانه تقيد بالعرف والعادة واعلم ان المستأمر هو المستشير أخذا مما نقله شيخنا عن عزمي زاده حيث قال الاستئمار المشاورة انتهى (قوله كالثيب) يشير الى انه لابد من نطقها لان نطقها لا يعد عيبا ولانه قل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها والثيب فيعل من ثاب اذا رجع لمعاودتها الزوج ولان الخطاب يتناوبونها أي يعاودونها والمراد ههنا امرأة تزوجت فبانت بوجه كذا في المغرب حموي عن البرجندي وهذا محمول على ما اذا بانت منه بعد ما دخل بها اما لو كان قبل الدخول فانها في حكم البكر كما سيأتي واعلم ان الشيخ استدل على انه لابد من النطق في الثيب بقوله عليه السلام الثيب تشاور أي يطلب رأيها والمشاورة لا تكون الا بالقول ثم هي مفاعلة تقتضي الوجود من الجانبين واعلم ان رضا الثيب كما يكون بالصريح كرضيت وأحببت يكون بالدلالة كطلب المهر والنفقة او تمكينها من الوطء وقبول التهنئة او الضحك سرورا وليست قولا وحينئذ فلا فرق سوى ان سكوت البكر رضا بخلاف الثيب فانه لابد في حقها من امارة زائدة على مجرد السكوت والجواب تظافر الادلة على اختصاصها بالقول ففي حديث أبي هريرة لا تنكح الايم حتى تستأمر والامر لا يكون بغير القول وأصرح منه قوله في حديث آخر والثيب يعرب عنها لسانها نهر وفيه عن الظهيرية خلابها برضاها يكون اجازة بخلاف ما لو قبلت الهدية او اكلت من طعامه او خدمته اهـ (قوله ومن زالت بكارتها) أي عذرتها وهي الجلدة نهر (قوله أو زنا) أي خفي كما في المجمع والخلاف فيما اذا لم يصر الزنا عادة لها ولم يقم عليها الحد حتى اذا اعتادت او خرجت فأقيم عليها الحد يشترط نطقها بالاتفاق هو الصحيح حموي عن الشيخ قاسم ولا يخفى ان تقييد الزنا بالخفي يشير الى ذلك (قوله فهي بكر) شرعا أما فيما عدا الزنا فبكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب ولهذا كانت من فرق بينها وبين زوجها بجب او عنة او طلقها او مات بعد الخلوة قبل الدخول بها بكرا حقيقة ودخل الكل في الوصية لابكار بني فلان واعترض بان له رد الجارية المبيعة بكرا اذا وجدت كذلك وأجيب بان البكارة تقال على العذرة أيضا فهو من المشترك ويجوز ان تكون قائمة العذرة من افراد من لم يصبها مصيب فيكون من المتواطئ حمل على هذا الفرد في البيع المبني على المشاحة وعلى الاعم الاغلب في النكاح المبني على التوسعة وأما في الزنا فثيب حقيقة عند الكل في الاصح كما في الظهيرية وانما زوجت كالابكار عنده فاكتفى بسكوتها مع ان القياس يأباه لان في الزامها النطق اشاعة الفاحشة فعارض دليل الزامها النطق دليل المنع من اشاعة الفاحشة والمنع مقدم نهر (قوله وقالا لا يكتفى بسكوتها) في صورة الزنا كما يومئ اليه قوله وقال الشافعي في جميع الصور حموي ووجهه ما سبق من انها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ولو وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد تكون في حكم الثيب بلا خلاف عيني (قوله لا تكون بكرا) لان البكر اسم لامرأة عذرتها قائمة والثيب من زالت عذرتها وهذه قد زالت عذرتها فتكون ثيبا ولهذا لو اشترى أمة على انها بكر يردها اذا وجدها بهذه الصفة ولنا ان البكر انما اكتفى بسكوتها لاجل حيائها وهذا المعنى قائم وهي بكر حقيقة ولهذا لو أوصى لابكار بني فلان تدخل في الوصية وأما مسئلة شراء الجارية فقد قيل لا يردها فلنا ان نمنع زيلعي (قوله والقول لها) بلا يمين عنده ووجبا هاوهذه احدى المسائل الستة الآتية في الدعوى وسيصرح المصنف بان الفتوى على قولهما وفي فتاوى القاضي ادعى على الاب انه زوجه بنته الصغيرة حلف عند الامام وفي الكبيرة لا اعتبارا بالاقرار فيهما واستشكله الزيلعي بان امتناع اليمين عنده لامتناع البذل لا لامتناع الاقرار الا ترى ان امرأة لو أقرت لرجل بنكاح نفذ اقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فأنكرت فالاشبه ان يكون هذا قولهما واعلم ان ما ذكره الزيلعي بحثا صرح به في العمادية نهر (قوله ان اختلفا في السكوت) أي قبل وجود ما يدل على رضاها شرنبلالية ولهذا قيد المسئلة في النهر بما اذا اختلفا قبل الدخول حتى لو كان

(ولابد من القول) ولا يكون سكوتها رضا (كالثيب) وهي من زالت عذرتها وعن الكرخي ان السكوت عند استئمار الاجنبي رضا ما اذا لم تتكلم ولكن بلغها العقد ووجد فعل يدل على الرضا فهو كالقول كتمكينها نفسها ومطالبتها مهرها ونفقتها (ومن زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس) مصدر عنست الجارية عنوسا أي صارت عانسة وطال مكثها في منزل أهلها بعد ادراكها حتى خرجت من عداد الابكار (او زنا فهي بكر) أي في حكم البكر حتى يكتفى بسكوتها عند التزويج (وقالا لا يكتفى بسكوتها) وقال الشافعي في جميع هذه الصور لا تكون بكرا (والقول لها ان اختلفا في السكوت)

بعده

بعده لم يقبل قولها الا اذا كانت مكرهة (قوله أى اذا ادّعى الزوج سكوتها الخ) ولا بينة أما لو وجدت من أيهما كان فلا كلام فان قلت كان ينبغى ان لا تقبل بينته على السكوت لانها انما قامت على النفى قلت ممنوع بل على حالة وجودية هى ضم الشفتين فى مجلس خاص يحاط بطرفيه ولو سلم فهو نفى يحيط به علم الشاهد ولو أقاما ها فبينتها اولى الا اذا شهدت بينته على انها رضيت او أجازت حين علمت فتقدم كذا فى غير كتاب والمذكور فى الخلاصة عن الخصاف ان بينتها اولى أيضا قال فى الفتح ولعل وجهه ان السكوت لما كان مما يحقق الاجازة لم يلزم من الشهادة بالاجازة كونها أمرا زائدا على السكوت مالم يصرحوا به (قوله فقالت رددت الخ) انما فرض المسئلة بهذا المثال لانها لو قالت بلغنى يوم كذا فرددت وقال الزوج لا بل سكت كان القول قوله والفرق فى البحر كذا فى الشرنبلالية وأقول ان اراد بالفرق ما نقله فى البحر عن الولوالجية بالنسبة لمسئلة الشفعة باعتبار كونها نظيرة لما نحن فيه فلا كلام وحاصله ان الشفيع اذا ادّعى طلب الشفعة حال علمه بالبيع من غير اسناد وقال المشترى ما طلبت حين علمت كان القول للشفيع لان علمه عند القاضى ظهر للحال بخلاف ما اذا كان مع الاسناد بان قال علمت بالبيع يوم كذا فطلبت الشفعة حيث يكون القول للمشترى اذ كونه طلب الشفعة حين علم بالبيع منذ كذا لم يظهر عند القاضى للحال بل باقراره فيحتاج الى الاثبات ولا يصح ان يراد بالفرق ما ذكره فى البحر عن الذخيرة كما سيتضح لك على ان فيه اشكالا يظهر وجهه من ايراد عبارة الذخيرة فنقول قال فى الذخيرة لو قال الزوج بلغك الخبر وسكت وقالت المرأة بلغنى يوم كذا فرددت فالقول قول المرأة ولو قالت المرأة بلغنى الخبر يوم كذا فرددت وقال الزوج لا بل سكت فالقول قول الزوج انتهى ووجه الاشكال ان المرأة ادعت اسناد الرد فى كل من شقى هذه المسئلة فقياس ما سبق عن الولوالجية يقتضى ان يكون القول للزوج فيهما فما فى الذخيرة حيث جعل القول للمرأة فى الاول لا وجه له يظهر اللهم الا ان يقال وجه كون القول للمرأة فى الاول وان اسندت الرد ان كلامها خرج جوابا لكلامه فهو يدعى عليها لزوم العقد وهى تنكر بخلافه فى الثانى اذ المرأة هى المدّعية فهى تدعى فسخ العقد وهو ينكر فكان القول قوله فتدبر وبهذا التقرير تعلم ان المراد من قوله فى الشرنبلالية والفرق فى البحر خصوص ما سبق عن الولوالجى (قوله وقال زفر القول قوله) لان السكوت أصل والرد عارض فكان الظاهر شاهدا له ونحن نقول انه يدعى عليها لزوم العقد وهى تنكره فكان القول قول المنكر كالمودع يدعى رد الوديعة فالقول قوله (قوله وللولى الخ) تقديم الجار والمجرور للحصر يعنى لا للوصى حموى عن البرجندى واراد بالولى المكلف وترك التقييد بالكفاءة ومهر المثل فى غير الاب والجد اتكالا على ما سيأتى واعلم المعتوه والمعتوهة كالصغير والصغيرة وكذا المجنون والمجنونة اذا كان الجنون مطبقا وهو شهر على المفتى به نهر (قوله انكاح الصغير والصغيرة) لو قال وللولى انكاح غير المكلف ليشمل المعتوه ونحوه لكان أولى قيد بالانكاح لان اقراره به عليهما غير جائز الا ببينة وطريق سماعها ان ينصب القاضى خصما عن الصغير فينكر فتقام عليه البينة وعلى هذا لو أقر الاب باستيفاء بدل الكتابة من عبد ابنه الصغير نهر وكذا المولى لا ينفذ اقراره بالنكاح على امته بل لا بد من بينة كما فى غاية البيان فهذا يستثنى من قولهم من ملك الانشاء ملك الاقرار به ثم رأيت فى الدرر انهم اجمعوا على ان المولى اذا اقر بنكاح امته بعد ما ادّعى رجل نكاحها يقضى بنكاحها بلا تصديق وبينة لانه مقر على نفسه لانه يملك نفس الجارية وبضعها بخلاف العبد فانه يملك نفسه فقط حتى اذا اقر على عبده بالنكاح لم يصدق الا اذا شهد الشهود او صدّقه العبد ويمكن حمل ما سبق عن غاية البيان على ما اذا اقر على امته بالنكاح من رجل مع انكار ذلك الرجل فتزول المخالفة حينئذ بقى ان يقال ظاهر ما سبق عن النهر عدم جواز اقرار المولى عليهما بالنكاح عند الكل وليس كذلك بل عند الامام وعندهما يصدق بلا شهود وتصديق ذكره فى الدرر أيضا ونصه اقر ولى صغير أو صغيرة او وكيل رجل او امرأة او مولى العبد بالنكاح لم يصدق واحد منهم عند ابى حنيفة لكونه اقرارا على الغير الا ان يشهد الشهود على النكاح أو يدرك الصغير او الصغيرة فيصدقه أو يصدق الموكل

اى اذا ادّعى الزوج سكوتها فى حال اخبارها بالنكاح فقالت رددت فالقول قولها ولا نكاح بينهما وقال زفر القول قوله (والولى) اى يجوز له انكاح الصغير والصغيرة) مطلقا

والعبد وعندهما يصدق بلاشهود وتصديق الخ ثم اعلم ان قوله فى الدرر ويدرك الصغير او الصغيرة فصدقه يشير الى ما فى الشرنبلالية عن الفتح من ان الخلاف فيما اذا اقر الولى فى صغرهما فان اقراره موقوف الى بلوغهما فاذا بلغا وصدقاه ينفذ اقراره والا يبطل وعندهما ينفذ فى الحال وقال انه الصحيح وقيل الخلاف فيما اذا بلغ الصغير وانكر النكاح فاقر الولى اما لو اقر بالنكاح فى صغره صح اقراره قال الكمال والذى يظهر ان الاوجه قول من قال ان الخلاف فيما اذا بلغا فانكر النكاح أما اذا اقر عليهما فى صغرهما يصح اتفاقا انتهى ثم اعلم ان ظاهر كلام الدرر يقتضى ان الخلاف بين الامام والصاحبين فى ان اقراره بالنكاح هل ينفذ ولا بد من اقامة البينة او التصديق ليس على عمومه بل بالنسبة لغير مسئلة الوكالة والعبد ففى مسئلة الوكالة والعبد لا بد من اقامة البينة او وجود التصديق من الموكل أو العبد من غير خلاف فى ذلك على ما يظهر من سياق كلامه والتقييد بالولى للاحتراز عن الوصى حيث لا يملك ذلك ولو اوصى اليه به خلافا للعينى والزيلعى وانما ملك تزويج امة اليتيم لانه من الكسب والاراحة من المؤنة والحاصل ان المذهب كما فى النهر عن الذخيرة ان الوصى ليس له ولاية التزويج مطلقا وان اوصى اليه بتزويجها من شخص معين خلافا لابن الهمام نعم لو كان قريبا او حاكما يملكه بالولاية واعلم ان ما قع فى النهر من قوله وانما ملك تزويج اليتيم لانه من الكسب الخ قال شيخنا كذا وقع فى غير ما نسخة وهو خلاف الصواب والصواب تزويج امة اليتيم كما نص عليه فى نكاح الرقيق انتهى (قوله سواء كان عدلا او فاسقا) حيث لم يعرف منه سوء الاختيار مجانة وفسقا وان عرف لا يصح النكاح اتفاقا وكذا لو كان سكران فزوجها من فاسق او شرير او فقير او ذى حرفة دنيئة لظهور سوء اختياره فلا يعارضه شفقته المظنونة تنوير وشرحه وذكر فى الدرر ما محصله ان الخلاف بين الامام وصاحبيه فى ان للاب ذلك ولو بغبن فاحش او من غير كفء عنده خلافا لهما مقيد بما اذا كان الاب صاحيا فلو كان سكران لا يصح اتفاقا وكذا لو عرف منه سوء الاختيار لطمعه او سفهه لا يصح اتفاقا انتهى (قوله او غيره من الاولياء) غير انه ان كان الولى غير الاب والجد يشترط لصحة العقد الكفاءة ومهر المثل ولا يشترط ذلك فى جانب الاب والجد والمولى وابن المجنونة كالاب والجد تنوير وشرحه واعلم ان ظاهر كلام الدرر يقتضى ان الاب او الجد اذا عقد على الصغير والصغيرة بغبن فاحش او من غير كفء لا يكون لازما ولهما خيار الفسخ بالبلوغ وليس كذلك بل هو لازم مطلقا وقيل هذا الاشتراط انما هو على قولهما الخ ما ذكره عزمى زاده واعلم ان قول عزمى وقيل هذا الاشتراط انما هو على قولهما يقتضى ان الكفاءة ومهر المثل شرط للزوم العقد عندهما لا لصحته فيلزم ان يكون العقد بدون الكفاءة ومهر المثل صحيحا غير لازم عندهما فلهما فسخه وهذا وان صرح به صدر الشريعة على ما ذكره فى الدرر وسيأتى ما فيه لكنه وهم فالصواب ان العقد وقع من اصله غير صحيح عندهما ولهذا قال فى التنوير وشرحه وان كان المزوج غيرهما لا يصح النكاح من غير كفء او بغبن فاحش اصلا وما فى صدر الشريعة صح ولهما فسخه وهم وقوله وان كان المزوج غيرهما اى غير الاب وابيه ولو الام او القاضى او وكيل الاب لكن فى النهر بحثا لو عين لوكيله القدر صح يعنى وان كان دون مهر المثل انتهى قلت وقياسه ان يصح ايضا اذا عين لوكيله شخصا معينا وان لم يكن كفؤا ولم اره لكن قوله وما فى صدر الشريعة صح ولهما فسخه وهم فيه نظر وعبارة صدر الشريعة ليس فيها ما ذكره ونصه اى لا يصح لغير الاب والجد انكاح الصغير بغبن فاحش فى المهر او من غير كفء اتفاقا وجواز انكاحهما للاب والجد بالغبن او بغير كفء مذهب ابى حنيفة خلافا لهما انتهى كذا ذكره شيخنا ثم اعلم ان القول بجواز عقد الاب او الجد ولو بغبن فاحش بالنسبة لطفله اما لو زوج امة طفله بغبن فاحش فانه لا يجوز بحر وقيد بتزويج الاب اى بنفسه لانه لا يجوز لوكيل الاب ان يزوج بنته الصغيرة باقل من مهر المثل كما فى القنية واعلم انهم اختلفوا فى وقت الدخول بالصغيرة فقيل لا يدخل بها ما لم تبلغ وقيل يدخل بها اذا بلغت تسع سنين وقيل اذا كانت سمينة جسيمة تطيق الجماع يدخل بها والا فلا وكذا اختلفوا فى وقت ختان الصبى على

الا ان

سواء كان عدلا او فاسقا وسواء كان ابا او غيره من الاولياء وسواء كانت الصغيرة بكرا او ثيبا

الاقوال الثلاثة وقيل يختن اذا بلغ عشرا وفي الخلاصة واكثر المشايخ على انه لا اعتبار بالسن فيهما وانما المعتبر الطاقة وفي الظهيرية صغيرة زوجها وليها من كفء ثم قال لست انا بولي لا يصدق ولكن ينظر ان كانت ولايته ظاهرة جاز النكاح والا فلا بحر (قوله وقال مالك ليس لاحد غير الاب الخ) لان القياس يابى ان يكون له على الغير ولاية اذا كان حرا الا لحاجة ولا حاجة عند انعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا وهو ما روى ان ابا بكر زوج عائشة النبي صلى الله عليه وسلم والجد ليس في معناه فلا يلحق به ولنا ما ورد من انه عليه السلام زوج أمامة بنت حمزة وهي صغيرة سلمة بن أبي سلمة وهي بنت عمه وقال لها الخيار اذا بلغت وانما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة بدليل اثبات الخيار لها اذا بلغت ومذهبنا منقول عن عمر وعلي والعبادلة وأبي هريرة وكفى بهم قدوة وحكى الكرخي اجماع الصحابة وروى عن علي موقوفا ومرفوعا الانكاح الى العصبات وقد اجمع العلماء على العمل بهذا الحديث في حق الكبيرة فوجب العمل به في الصغيرة لانها أعجز وامس حاجة لان الخاطب قد لا ينتظر الى البلوغ فيفوت الكفء الخاطب زيلعي والحاصل ان النكاح ينتظم المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفء فدعوى ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به غير مسلمة بل هو موافق للقياس بقي ان يقال ما سبق من قوله لا بالنبوة يشير الى رد ما ذهب اليه الامام مالك من انه عليه السلام زوج بنت عمه امامة لا بالعصوبة بل لما له من الولاية بالنبوة على ما استفيد من قوله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وحاصل الرد انه لو كان بالنبوة لما أثبت لها الخيار فاثباته الخيار لها دل على انه انما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة (قوله وقال الشافعي ليس الا للاب والجد الخ) حاصله انه اذا كانت ثيبا لا يجوز لاحد ان يزوجها لكون الثيابة سببا لحدوث الرأي بوجود الممارسة ولا يعتبر اذنها قبل البلوغ فوجب الانتظار وان كانت بكرا جاز للاب والجد ان يزوجها ولا يجوز ذلك لغيرهما لما قال مالك الا ان الجد كالاب ولهذا يملك التصرف في المال كما يملكه الاب بخلاف غيرهما من العصبات لانه لا يملك التصرف في المال مع انه أدنى حالا فلان لا يملكه في النفس أولى واحرى ولنا ما سبق من انه اجمع العلماء على العمل بقوله عليه السلام الانكاح الى العصبات في حق الكبيرة فكذا في حق الصغيرة لانها اعجز وامس حاجة كي لا يفوت الكفء اذ قد لا ينتظر الى البلوغ وما فيه من القصور في غير الاب والجد اظهرناه في عدم ولاية الالزام ولان الولاية لما ثبتت عليها بعد البلوغ مع قدرتها على قاعدتهم كان ثبوتها في صغرها وهي اعجز اولى بخلاف التصرف في المال لانه لا يمكن تداركه بعد البلوغ وقوله لكون الثيابة سببا لحدوث الراي ليس بشيء لان ذلك في البالغة واما في الصغيرة فلا يدل على حدوث الراي لعدم الشهوة زيلعي وقوله وما فيه من القصور الى قوله اظهرناه في عدم ولاية الالزام يعني حيث اثبتنا لهما خيار الفسخ بالبلوغ فالتدارك فيه ممكن ولا كذلك التصرف في المال حيث لا يمكن تدارك ما فيه من الخلل بعد البلوغ (قوله والولي العصبة الخ) اي في النكاح لا التصرف في مال الصغير فانه للاب ثم لوصيه ثم للجد ابي الاب ثم لوصيه ثم للقاضي ثم لوصيه وما في الدرر والغرر من ان التصرف في مال الصغير للاب ثم لابيه ثم لوصيهما نظر فيه في الشرنبلالية بان وصي الاب مقدم على الجد واجاب شيخنا بان ثم بمعنى الواو كما في قوله تعالى خلقكم من نفس واحدة ثم جعل منها زوجها فلا يقتضي تقديم ابي الاب على وصي الاب لانه ووصيه مقدمان على الجد كما سبق منه عن الطحاوي ولما سيجيء منه انتهى نعم على صاحب الدرر مؤاخذة من وجه آخر نبه عليه في الشرنبلالية ايضا وهو ان قوله لا التصرف في مال الصغير فيه تدافع بالنسبة للاب والجد لان ولاية التصرف في مال الصغير ثابتة لهما ايضا والعصبة من يأخذ كل المال اذا انفرد والباقي مع ذي سهم وهذا اولى من تعريفه بذكر يتصل بلا توسط انثى كما في البحر اذ المعتقة لها ولاية الانكاح على معتقتها الصغيرة حيث لا اقرب منها موجود ولا خفاء في انصراف المطلق منها الى العصبة بنفسه فلا ترد العصبة بغيره كالبنت مع الابن او مع غيره

وقال مالك ليس لاحد غير الاب تزوجها وقال الشافعي ليس الا للاب والجدان كانا عدلين تزويجهما (والولي العصبة بترتيب الارث) أي الترتيب في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث فالابعد محجوب بالاقرب

كالاخوات مع البنات نهر وفى المغرب العصبة هم الذكور من قرابة الرجل لابيه جمع عاصب ويسمى بها
الواحد والجمع والمذكر والمؤنث حموى (قوله فاقرب الاولياء الابن) ولا يتصور هذا الا فى المعتوه والمعتوهة
لا فى الصغار عينى (قوله ثم الاخ لاب وام ثم لاب) وذكر الكرخى ان تقديم الجد على الاخ قول الامام وعندهما
يشتركان والاصح انه قول الكل نهر (قوله ثم ابن العم) ثم اعمام الاب كذلك الشقيق ثم ابناؤه ثم لاب
ثم ابناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم ابناؤه ثم لاب ثم ابناؤه بحر عن الفتح (قوله ثم المعتق) ولو انثى ثم بنوه وان
سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب نهر عن الفتح قال شيخنا ويشترط ان يكون
عصبة أبى القاصرة ذا ولاء عليها ليخرج من كانت أمها حرة اصلية فانه لا ولاء على ولدها فلا يلى انكاحه
نبه عليه صاحب الدرر فى كتاب الولاء وعليه وعلى تفسيرهم الولى بانه العاقل البالغ الوارث لو لم يوجد لليتيم
أو اليتيمة سوى الام الحرة الاصلية ومعتق الاب فان ولاية الانكاح تكون للام دونه قال ولم أر من نبه عليه
هنا واذا استوى وليان فى الدرجة كسيدين ادعيا ولد امة أو شقيقين جاز تزويج أيهما كان فان زوجا
قدم السابق فان لم يدرا او وقعا معا بطلا وليس لاحد السيدين الاستقلال بانكاح الامة نهر عن الظهيرية
وغيرها وفى النوادر الاحتياط فيما اذا زوج غير الاب والجد ان يعقد مرتين بتسمية وبغيرها لجواز ان
يكون فى التسمية نقصان فلا يصح الاول أو أن يكون الزوج حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فتنحل
بالاول ويصح الثانى وان كان أبا أو جدا فكذلك عندهما للوجه الثانى كذا فى المحيط انتهى وهذا على
مذهب الامام ظاهر وأما على مذهب الصاحبين انه لا بد للصحة من الكفاءة ومهر المثل وان كان العاقد هو
الاب أو الجد كما قدمناه عن صدر الشريعة فالاحتياط فى الاعادة لا للوجه الثانى فقط بل للاول أيضا
(قوله ولهما) أى للصغير والصغيرة وكذا الملحق بهما والكلام فى الحرين ولو ذميين أما الرقيقان
اذا زوجهما المولى ثم اعتقا فبلغا فلا خيار لهما الاغناء خيار العتق عنه حتى لو أعتق امته الصغيرة أولا
ثم زوجها فبلغت كان لها خيار البلوغ ولو بلغت وهو صغير لم ينتظر بلوغه ويفرق بينهما بحضرة والده
او وصيه نهر والمراد بالملحق بالصغيرة والصغير المعتوه والمجنون فيثبت لهما خيار الفسخ بالافاقة (قوله
خيار الفسخ) لتوهم ترك النظر من الولى لقصور شفقته لا يقال النكاح لا يحتمل الفسخ وكيف يستقيم جعله
فسخا لانا نقول المعنى من قولنا لا يحتمل الفسخ بعد التمام هو النكاح الصحيح النافذ اللازم واما قبل التمام
فيقبل الفسخ وتزويج الاخ والعم صحيح لكنه غير لازم فيقبل الفسخ تبيين وفيه تصريح بان اللزوم اخص
من النفاذ فيلزم من اللزوم النفاذ ولا ينعكس (قوله بالبلوغ) اذا علما بالنكاح قبل البلوغ او بعده حموى
(قوله فى غير الاب والجد) والابن فى المجنونة كالاب بل اولى نهر عن الخلاصة (قوله بشرط القضاء) لان
فى اصله ضعفا اذ هو مختلف فيه وكذا فى سببه لان سببه ترك النظر ولا يوقف على حقيقته فتوقف على
القضاء كالرجوع فى الهبة بخلاف خيار المخيرة لان سببه قوى وهو تخيير الزوج وبخلاف خيار العتق لان
سببه مقطوع به وهو زيادة الملك عليها ولهذا اختص بالانثى الا ترى انه كان لا يملك مراجعتها فى قرءين ويملك
عليها تطليقتين وتنقضى عدتها بحيضتين وقد ازداد ذلك بالعتق فكان لها ان تدفع الزيادة تبيين ولها المهر
ان كان دخل بها ولو حكما وهذه الفرقة فسخ لا طلاق كخيار الاعتاق والفرقة بعدم الكفاءة ونحو ذلك
والضابط ان كل فرقة جاءت من قبل المرأة لا بسبب من الزوج فهى فسخ كخيار العتق والبلوغ وكل
فرقة جاءت من قبل الزوج فهى طلاق كالايلاء والجب والعنة وانما كانت ردته فسخا مع انها من قبله
لان بها ينتفى الملك فينتفى الحل والفرقة انما جاءت بالتنافى لا بوجود المباشرة من الزوج وقد نظم صاحب
النهر فرق الفسخ والطلاق وما يحتاج منها الى القضاء وما لا يحتاج فقال

فرق النكاح اتتك جمانا فعا * فسخ طلاق وهذا الدر يحكيها
تباين الدار مع نقصان مهر كذا * فساد عقد وفقد الكفء ينعيها
تقبيل سبى واسلام المحارب او * ارضاع ضرتها قد عد ذا فيها

فاقرب الاولياء الابن ثم ابن الابن وان
سفل ثم الاب ثم الجد ابو الاب وان علا
ثم الاخ لاب وام ثم لاب ثم ابن الاخ
لاب وام ثم لاب ثم العم لاب وام ثم لاب
ثم ابن العم لاب وام ثم لاب ثم المعتق وقال
مالك الولى هو الاب وقال الشافعى
الاب والجد (ولهما خيار الفسخ
بالبلوغ فى غير الاب والجد) أى الاب
(بشرط القضاء) أى ان زوج الصغيرة
او الصغير غيرهما

قوله فرق النكاح الخ لا يخفى ما بين
شطرى البيت الاول من الاختلاف
فى الوزن اذ الاول من الكامل والثانى
من البسيط اه

خيار عتق بلوغ ردة وكذا * ملك لبعض وتلك الفسخ يحصيها
اما الطلاق بجب عنة وكذا * ايلاؤه ولعان ذاك يتلوها
قضاء قاض اتى شرط الجميع خلا * ملك وعتق واسلام أتى فيها
تقبيل سبي مع الايلاء يا أملي * تباين مع فساد العقد يدنيها

(قوله مطلقا سواء كان القاضي الخ) عبارة النهر غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح لقصور الرأي في الام ونقصان الشفقة في القاضي اه ومثله في الزيلعي مع زيادة قوله وعن أبي حنيفة انه لا يثبت لهما الخيار لان ولاية القاضي تامة لانها تعم المال والنفس وشفقة الام فوق شفقة الاب فكانا كالاب والاول هو الصحيح لان ولايتهما متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت الخيار في الحاجب ففي المحجوب أولى انتهى (قوله وهو الاصح وعليه الفتوى) أي ثبوت خيار الفسخ لهما بالبلوغ في غير الاب والجد هو الاصح وعليه الفتوى (قوله وعن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار لهما) اعتبارا بالاب والجد وفيه مخالفة لما في الزيلعي والنهر حيث جعلا عدم ثبوت الفسخ لهما قول أبي يوسف (قوله وهذا اذا كانا حاضرين) يعني الزوجين وهذا التقييد يشير اليه قول المصنف بشرط القضاء حموي ووجه الاشارة عدم جواز القضاء على الغائب (قوله أما اذا كان احدهما الى آخره) الضمير للزوجين اللذين بلغ أحدهما وقد كان المزوج غير الاب والجد شيخنا (قوله لا خيار له مالم يحضر) للزوم القضاء على الغائب شيخنا (قوله لانه لو زوجهما الاب والجد لا خيار لهما الخ) الا ان يكون من غير كفء أو بغبن فاحش فانه يثبت لهما خيار الفسخ بالبلوغ حموي عن البرجندي وفيه ان هذا الاستثناء انما يظهر بالنسبة لمذهب الصاحبين فقط (قوله وبطل بسكوتها ان علمت الخ) لدلالته على الرضا وهذا اذا سكتت مختارة در قيد بعلمها لانها لو لم تعلم لا يكون رضا لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي به ينفرد فعذرت أما علمها بالزوج وقدر المهر فليس بشرط حتى لو سألت عن ذلك أو سلمت على الشهود بطل خيارها زيلعي قال في الفتح وهذا تعسف لا دليل عليه اذ غاية الامر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ولو سألت البكر عن الزوج لا ينفذ عليها وكذا عن المهر وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا كيف وانها سلمت لغرض الاشهاد على الفسخ ونازعه في البحر في السلام بان الاشتغال به فوق السكوت ومنعه في النهر بما نقلوا في الشفعة ان سلامه على المشتري لا يبطلها ولا شك ان طلب المواثبة بعد العلم بالبيع يبطل بالسكوت ولو كان فوقه لبطلت ثم ماذكره في الفتح من عدم سقوطه لو سألت عن المهر قيده في النهر بما اذا لم يدخل بها ولا تعذر بالجهل ولا يمتد الى آخر المجلس لانها كما في الزيلعي تتفرغ لتعلم الاحكام والدار دار العلم بخلاف المعتقة حيث تعذر اذا لم تعلم خيار العتق لكونها مشغولة بخدمة المولى وينبغي ان تختار نفسها مع رؤية الدم وان رأته بالليل تختار بلسانها وتشهد اذا أصبحت تقول رأيت الدم الآن ولو اختارت وأشهدت ولم تتقدم الى القاضي شهرين فهي على خيارها كخيار العيب واذا اجتمع خيار البلوغ والشفعة تقول اطلب الحقين ثم تبدأ في التفسير بخيار البلوغ لانه ديني وليس قولها رأيت الدم الآن اذا رأته بالليل كذبا لان الفعل الممتد لدوامه حكم الابتداء (قوله لانها لو كانت ثيبا) كما لو دخل بها الزوج قبل البلوغ أو كانت ثيبا وقت العقد بحر (قوله لا يبطل خيارها بالسكوت) الا ان ترضى بلسانها أو يوجد ما يدل على الرضا كالتمكين من الوطء طوعا والمطالبة بالمهر او النفقة بحر واعلم ان المطالبة بالمهر انما تكون دليل الرضا اذا لم يجامعها ولم يخل بها اما ان جامعها او خلا بها فبلغت فطالبته بالمهر لم يكن دليل الرضا وفي الدر المختار ادعت التمكين كرها صدقت (قوله مالم يرض) لان وقته العمر فيبقى الى ان يوجد الرضا نهر (قوله بان يقول رضيت) هذا التصوير لا يحسن مع قوله ولو دلالة لانه يصير التقدير مالم يرض بالقول ولو دلالة حموي (قوله كتسليم الصداق الخ) ان لم يكن قد دخل بها فان كان قد دخل بها ينبغي ان لا يكون دفعه رضا نهر (قوله والمجامعة) والتقبيل عيني (قوله وتوارثا قبل الفسخ) لانتهاء النكاح بموته بدليل حل الوطء قبل الفسخ سواء مات احدهما قبل البلوغ او بعده ويجب المهر كله وان

مطلقا سواء كان القاضي أو الامام أو غيرهما فلكل واحد منهما بعد البلوغ خيار الفسخ بشرط حكم القاضي وهو الاصح وعليه الفتوى وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه لا يثبت الخيار لهما وهذا اذا كانا حاضرين أما اذا كان أحدهما غائبا لا خيار له كذا في العمادي وانما قيد به لانه لو زوجهما الاب أو الجد لا خيار لهما بعد البلوغ (وبطل بسكوتها ان علمت) أي بطل خيارها ان زوج غيرهما الصغيرة وبلغت وقد علمت بالنكاح حال كونها (بكرا) فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم وتسكت وانما قيد بالبكر لانها لو كانت ثيبا لا يبطل خيارها بالسكوت (لا بسكوته) أي لا يبطل خيار الصغير اذا بلغ وسكت (مالم يرض) بان يقول رضيت (ولو) كان الرضا (دلالة) بان يجيء منه ما يدل على الرضا كتسليم الصداق والنفقة والمجامعة (وتوارثا قبل الفسخ) أي يرث كل واحد منهما من صاحبه ان مات أحدهما قبل البلوغ

مات قبل الدخول بخلاف الموقوف والفاسد نهر وعيني يعني لومات احدهما في الموقوف والفاسد لا يرثه الآخر (قوله اومات قبل فسخ النكاح) لان النكاح صحيح والملك به ثابت (قوله ولا ولاية لعبد وصغير الخ) لانهم لا ولاية لهم على انفسهم فالاولى ان لا يكون لهم ولاية على غيرهم لان الولاية على الغير فرع الولاية على النفس زيلعي قال شيخنا وهذا نص في جواب حادثة سئل عنها الفقير هي ان الحاكم الشرعي قرر صغيرا في المهد ولاه شيخا على الخيرات يقبض غلاتهم وخبزهم ويوزعه عليهم وينظر في مصالحهم فاجبت ببطلان التولية والتقرير لنص المذهب المذكور وان لهم ان يختار واشيخا منهم يتولى ماذكر انتهى وأطلق العبد فعم المكاتب وانما ملك تزويج امته لانه من الكسب ولم يرد نفي الولاية عن العبد مطلقا بل ولاية النكاح قال في النهر قيدنا بالنكاح لان نفي الولاية عن العبد مطلقا ممنوع لصحة اقراره بالحدود والقصاص وأمانه لوماذونا وروايته الحديث ولانه يلي على زوجته الحرة في امور النكاح كالمنع من الخروج والتمكين من الوطء وطلب الزينة انتهى (قوله وكافر على مسلمة) وولد مسلم تنوير قيد بالمسلمة لان الكافر له ولاية على ابنته الصغيرة وكما انتفى ولاية الكافر على المسلمة انتفى ولاية المسلم على الكافرة اعني ولاية الانكاح والتصرف في المال وينبغي ان يقال الا ان يكون المسلم سيدامة كافرة أوسلطانا زيلعي وعيني ودرر وتنوير وكانه في النهر لم يطلع على ذلك فقال واستثنى الشافعية من عدم ثبوت الولاية للمسلم على الكافر ما اذا كان سلطانا أوسيدامة وقواعدنا تقضي به وللقاضي تزويج اليتيمة الكافرة حيث لا ولي لها وكان ذلك في منشوره نهر والمراد من قوله وكان ذلك في منشوره أي كان ماذونا من السلطان بتزويج الصغار مطلقا الا بقيد صغار الكفرة (قوله هذا اذا كانت العصبة) كان هنا تامة وأشار بهذا الى ربط قول المصنف وان لم تكن بقوله والولي العصبة بترتيب الارث حموي وأطلق في نفي العصبة فشمل العصبة النسبية والسببية فولي العتاقة ثم عصبته على الترتيب السابق مقدمان على الام ومولى الموالاة وهو الذي أسلم أبو الصغير على يده ووالاه آخر الاولياء مقدم على القاضي بحر (قوله فالولاية للام) هذا ظاهر في تقديمها على ام الاب وفي النهر عن القنية ام الاب مقدمة ولم يذكر بعد الام البنت لانه خاص بالمجنون والمجنونة فبعد الام البنت ثم بنت ابن البنت ثم بنت بنت البنت ثم الجد الفاسد قبل الاخت بحر (قوله ثم الاخت لاب وام) هذا الترتيب هو المفتى به كما في الخلاصة وحكي عن خواهرزاده وعمر النسفي تقديم الاخت على الام لانها من قوم الاب وينبغي ان يخرج مامر عن القنية على هذا القول بقي ان الجد الفاسد مقدم على الاخت عند الامام وعندهما يشتركان كما في المستصفى قال في الفتح وينبغي على ماصحح في الجد والاخ من تقديم الجد تقديم الجد الفاسد على الاخت وكلامه يعطي تأخره لانه من ذوي الارحام وكان ينبغي ذكره مقدما نهر عن الفتح قلت ولهذا جزم في البحر بتقديمه على الاخت وجرى عليه في الدر ولم يحك خلافه (تتمة) لم يذكر المصنف الجدة ولا مرتبتها في التزويج وقد بين ترتيب الجدة الشيخ قاسم في شرح النقاية فقال بعد ولاية العصبة ثم الام ثم الجدة ثم الاخت لاب وام ولم يقيد الجدة بكونها لام وقد يقال ان الجدة التي لام والجدة التي لاب رتبتهما واحدة لعدم المرجح وقد يقال ان قرابة الاب لها حكم العصبة فتقدم ام الاب على ام الام شيخنا عن الشيخ حسن الشرنبلالي في رسالته التي احال على مراجعتها قوله في حاشية الدرر لم يذكر الجدة ولا مرتبتها في التزويج ولنا فيه رسالة يلزم مراجعتها انتهى (قوله ثم لولد الام) في التعبير بولد الام ايماء الى استواء الذكر والانثى نهر ولهذا فسره الشارح بقوله أي الاخت والاخ لام (قوله ثم أولادهم) أي أولاد ولد الام (قوله ثم لذوي الارحام) هم كما سيأتي قريب ليس بذي سهم ولا عصبة وترتيبهم كالعصبات فيقدم العمات ثم الاخوال الخ النهر وظاهره ان المراد بذوي الارحام ماهو المتعارف ويخالفه ما نقله السيد الحموي عن البرجندي حيث قال اراد به القريب الذي ليس عصبة بنفسه ولم يرد به ماهو المتعارف عند اصحاب الفرائض لان العصبة بغيره والعصبة مع غيره داخلة فيه اه (قوله أي العمات ثم الاخوال) أشار بهذا التفسير الى ترتيب ولاية ذوي الارحام فان الترتيب ليس

أومات قبل فسخ النكاح ولا يرث بعد
الفسخ (ولا ولاية لعبد و) لا (صغير
و) لا (مجنون) على أحد (و) لا (كافر
على مسلمة) هذا اذا كانت العصبة
(وان لم تكن) أي وان لم توجد (عصبة
لا قريبة ولا بعيدة ولا نسبية ولا سببية
كمولى العتاقة. (فالولاية للام ثم
للاخت لاب وام ثم) للاخت (لاب
ثم لولد الام) أي للاخت والاخ لام
ثم اولادهم (ثم لذوي الارحام) أي
ثم العمات ثم الاخوال ثم الخالات

ظاهرا من كلامه وان كان مراده حموى (قوله ثم بنات الاعمام) ثم أولادهم بهذا الترتيب در عن الشمنى
ثم مولى الموالاة زيلعى وهو الذى أسلم على يده ابو الصغيرة وكان مجهول النسب على ماسيأتى فى محله
فيزوجها مولى أبيها بالشرط المتقدم (قوله هذا عند أبى حنيفة وهو استحسان) وقد عرف ان العمل على
الاستحسان الا فى مسائل محصورة ليس هذا منها فما فى تهذيب القلانسى من ان الفتوى على قولهما
غريب نهر (قوله وعندهما لا يثبت وهو القياس) لقوله عليه السلام الانكاح الى العصبات وال فيها
للجنس أى هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس لا لغيره وحمله الامام على ما اذا وجد والا ان الحديث ليس
فيه ما يقتضى نفى ثبوت الولاية لذوى الارحام عند عدم العصبات كاستحقاق الارث يكون بسبب القرابة
و يقدم فى ذلك العصبات على ذوى الارحام ولا يدل ذلك على عدم ارثهم فكذا هذا أو نقول ان ارث ذوى
الارحام بطريق العصوبة فينتظمهم الحديث زيلعى (قوله والجمهور على ان أبا يوسف مع أبى حنيفة)
فى أشهر الروايات وهو الاصح زيلعى لكن نقل السيد الحموى عن الهداية ان الاشهر انه مع محمد (قوله
والقاضى اذا كان ماذونا) لكن ليس للقاضى ان يزوجها من نفسه ولا ممن لا تقبل شهادته له كما فى معين
الحكام وأقره المصنف وبه علم ان فعله حكم وان عرى عن الدعوى ثم لنوابه ان فوض له ذلك والا لا در وهو
ظاهر فى الاكتفاء بالاذن من السلطان للقاضى سواء صدر الاذن من السلطان للنواب أيضا أم لا (فرع)
صغيرة زوجت نفسها ولا ولى لها ولا قاضى فى ذلك الموضع قال بديع الدين يتوقف وينفذ باجازتها بعد
بلوغها انتهى مع انهم قالوا كل عقد لا مجيز له حال صدوره فهو باطل ولعل التوقف هنا باعتبار ان يجيزه
السلطان بحر (قوله أى يجوز للولى الابعد الخ) والمراد بالابعد القاضى دون غيره لان هذا من باب دفع
الظلم شرنبلالية وفيه نظر بل المراد به الابعد من الاولياء وهو مقدم على القاضى كما صرح به الشمنى شارح
النقاية وعليه اطلاق المتون وما قاله رأى بعضهم شيخنا عن الشيخ شاهين (فرع) زوج الابعد مع وجود
الاقرب ثم انتقلت الولاية اليه لا ينفذ الا باجازة منه مستأنفة زيلعى فى نكاح الرقيق (قوله بغيبة الاقرب)
أشار المصنف بعدم ذكر سلب ولاية الاقرب الى انها باقية مع الغيبة حتى لو زوجها الاقرب حيث هو
اختلفوا فيه والظاهر هو الجواز كذا فى الخانية والظهيرية ولو زوجا معا أو لم يدر السابق من اللاحق فهو
باطل ذكره الاسبيجابى بحر ولو عضل الولى انتقلت الولاية الى الابعد وقيل الى الحاكم ولها خيار الفسخ وقيل
ان تزويج القاضى الصغيرة عند العضل ينفى ثبوت الخيار لها بناء على ان تزويجه عند العضل بطريق النيابة
لا الولاية نهر وينبغى حمل الاختلاف فى ان لها الخيار أم لا على ما اذا كان الولى الممتنع هو الاب أو الجد حتى
لو كان غيرهما فالظاهر انه لا خلاف فى ثبوت الخيار لها سواء جعل هذا من قبيل النيابة أو الولاية والعضل
هو الامتناع من العقد (قوله مسافة القصر) وهو الصحيح وعليه الفتوى ومثله فى المضمرات حموى عن
العلامة قاسم (قوله وقال الشافعى يزوجها السلطان) اعتبارا بعضله زيلعى وهذا يبتنى على ما فى المحيط من
انه اذا عضل الولى انتقلت الولاية الى الحاكم لكن فى النهر عن الخلاصة والبزازية انها تنتقل الى الابعد اجماعا
(قوله وقال زفر لا يزوجها أحد حتى يحضر الاقرب) لان ولايته قائمة ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية
للابعد ولا للسلطان مع ولايته فصار كما اذا كان حاضرا ولنا انه ليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع
برأيه فصار كما لو كان مجنونا أو رقيقا الا ترى ان الاقرب الغائب لو كتب بتقديم شخص للصلاة على الجنازة
كان للابعد منعه فلو كانت ولايته باقية لما كان له منعه ولو زوجها حيث هو لا رواية فيه فلنا ان نمنع ولئن
سلمنا فنقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد
أولا نفذ زيلعى (قوله عند صاحب الكتاب) المراد به المصنف حموى (قوله واختيار القاضى) بالرفع أى
وهو اختيار القاضى اذ لا يصح جره عطفا على المضاف اليه كما لا يخفى (قوله وسعد بن معاذ) بالجر عطفا على
المضاف اليه وكذا ما بعده من صدر الاسلام والصدر الشهيد وهو ظاهر (قوله المروزى) نسبة الى مرو
بزيادة الزاى كالرازى للرى (قوله هذا) هو الخبر عن قوله والمراد الخ يعنى به ما سبق من تقدير الغيبة

ثم بنات الاعمام هذا عند أبى حنيفة
وهو استحسان وعندهما لا يثبت
وهو القياس وهكذا روى الحسن
عن أبى حنيفة والجمهور على ان أبا
يوسف مع أبى حنيفة (ثم) عند عدم
الاولياء فالولاية (للحاكم) أى السلطان
والقاضى اذا كان ماذونا من قبل
السلطان وعند محمد اذا لم يكن عصبة
فللقاضى ولاية التزويج (وللابعد)
أى يجوز للولى الابعد (التزويج بغيبة
الاقرب مسافة القصر) وهى ثلاثة ايام
ولياليها وقال الشافعى يزوجها
السلطان وقال زفر لا يزوجها أحد
حتى يحضر الاقرب والمراد بالغيبة
المنقطعة عند صاحب الكتاب واختيار
القاضى أبى على النسفى وسعد بن
معاذ المروزى وصدر الاسلام البزدوى
والصدر الشهيد هذا وعليه الفتوى
وقال شمس الائمة السرخسى الاصح
انه اذا كان فى موضع لو انتظر حضوره
أو استطلاع رايه يفوت الكفء الذى
حضر فالغيبة منقطعة وان كان لا يفوت
الغيبة لا تكون منقطعة

بمسافة القصر (قوله وهو اختيار الفضلى) وعليه أكثر المشايخ كما في النهاية وفتح القدير مع زيادة انه الاشبه بالفقه وفرع عليه قاضيخان في الجامع الصغير مالو كان مختفيا في المدينة بحيث لا يوقف عليه تكون غيبة منقطعة وفيه تظهر فائدة الخلاف نهر (قوله وعن زفران لا يعرفوا موضعه) هذا التحديد يناقض مذهبه لما سبق من انه لا يزوجها أحد عنده حتى يحضر الاب حموى عن المنبع وقد يقال هذا من باب التفريع على قول غيره كتفريع الامام مسائل المزارعة على قول الصاحبين وان كان هو لا يراها (قوله ولا يبطل بعوده) لانه حصل بولاية تامة والفعل من قوله ولا يبطل يجوز ان يقرأ بالتأنيث اى لا تبطل ولاية الابعد يعني السابقة بعود الاقرب ليترتب عليه بطلان النكاح وبه اندفع ما في البحر من انه بعيد عن النظم والمعنى نهر يعني والقريب تذكير الفعل بناء على ان الضمير فيه يعود على التزويج السابق (قوله خلافا لزفر) حيث قال بحضور الاقرب يبطل عقد الابعد كالماء اذا وجد يبطل حكم التيمم وفيه ماسبق من المناقضة وجوابها (قوله وولى المجنونة) والمجنون في النكاح الابن وابنه وان سفل أما التصرف في المال فالاب مقدم اتفاقا كما في تهذيب القلانسى (فرع) هل لولى المجنون أو المعتوه تزويجه أكثر من واحدة لم أره لائمتنا والمذكور في كتب الشافعية المنع لاندفاع الضرورة بالواحدة وأناطوا مازاد على الواحدة في الصبي بالحاجة نهر (قوله أى بلغ مجنونا) صوابه أي بلغت مجنونة حموى لان المجنون ليس له ذكر في كلام المصنف وان كان الحكم واحدا (قوله لا الاب) والاولى ان يعقده أحدهما بامر الآخر ليصح اتفاقا كما في الدر والاولى ان يامر الاب به لرعاية تعظيم الاب لا للاحتراز عن عكسه (قوله وعند محمد الاب لا الابن) لانه أشفق من الابن ولهذا تعم ولايته في النفس والمال وليس للابن الولاية في المال فكان أولى زيلعى قال في النهر وبه أخذ الطحاوى ولهما ان هذه الولاية مبنية على العصوبة والابن فيها هو المقدم ولا يعتبر بزيادة الشفقة كابى الام مع بعض العصبات نهر (قوله وقال زفر اذا طرأ الجنون لم يجز تزويجها) مفهومه انه اذا لم يطرأ يجوز حموى

(فصل في الكفاءة في النكاح) لما كانت شرطا في اللزوم على الولى اذا عقدت المرأة بنفسها كان اعتبارها فرع وجود الولى فقدم بيان الاولياء ثم أعقبه ببيان الاكفاء وهي بالفتح والمد مصدر والاسم منه الكفء وهو النظير من كافأه اذا ساواه والمراد هنا المساواة في أمور خاصة او كون المرأة ادنى لاستنكاف الشريفة عن ان تكون فراشا للدنئ بخلاف العكس لان الزوج المستفرش لا يضره دناءة الفراش نهر وهي حق الولى لا حقها فلهذا ذكر الولوالجى امرأة زوجت نفسها من رجل ولم تعلم انه عبد او حر فاذا هو عبد مأذون في النكاح فالخيار للاولياء ولا خيار لها وان زوجها الاولياء برضاها والمسئلة بحالها فلا خيار لاحدهم هذا اذا لم يخبر الزوج انه حر وقت العقد اما اذا أخبر الزوج والمسئلة بحالها كان لهم الخيار ودلت المسئلة على ان المرأة اذا زوجت نفسها من رجل ولم تشترط الكفاءة ولم تعلم انه كفء ام لا ثم علمت انه غير كفء لا خيار لها وكذلك الاولياء لو زوجوها برضاها ولم يعلموا بعدم الكفاءة ثم علموا لا خيار لهم اما اذا اشترطوا او اخبرهم بالكفاءة فزوجوها على ذلك ثم ظهر انه غير كفء كان لهم الخيار بحر (قوله في الرجال لا النساء) جعله في المحيط والظهيرية قول الامام وعندهما تعتبر من جانب النساء أيضا استدلالا بمسئلة الجامع وهي مالو وكله امير أن يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند الامام خلافا لهما ولا دلالة فيها على ما زعموا الا ان عدم الجواز عندهما اما لان المطلق في الوكالة مقيد بالعرف والعادة او لاعتقاد الكفاءة في تلك المسئلة خاصة فلم تكن دليلا على ماذكر نهر وفي البحر عن الخبازية الصحيح انها غير معتبرة من جانبها عند الكل انتهى (قوله وقال مالك وسفيان الخ) كذا في الهداية قال الكمال كان الاولى ذكر الكرخى ايضا لموافقته لهما وذكر نوح أفندى ان الكرخى والجصاص ومن تبعهما من مشايخ العراق لا يعتبرون الكفاءة الا في الدين ولو لم تثبت هذه الرواية عندهم عن ابي حنيفة لما اختاروها وذهب جمهور مشايخنا الى انها معتبرة الخ (قوله لا تعتبر) أى الا في الدين لقوله عليه السلام

وهو اختيار الفضلى وعن زفران لا يعرفوا موضعه وقيل الغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار محمد بن سلمة والقدورى (ولا يبطل) أى ما عقد الابعد في غيبة الاقرب (بعوده) خلافا لزفر (وولى المجنونة الابن) مطلقا سواء كان طارئا أو صاحيا أى بلغ مجنونا (لا الاب) وعند محمد الاب لا الابن وقال زفر اذا طرأ الجنون لم يجز تزويجها (فصل في الكفاءة) اعلم ان الكفاءة في النكاح معتبرة في الرجال لا النساء في ستة أشياء كما بين في المتن على سبيل التفصيل وقال مالك وسفيان لا تعتبر (من نكحت غير كفء) بغير اذن الولى

الناس سواسية كاسنان المشط لافضل لعجمي على عربي وانمـا الفضل بالتقوى وقال تعالى ان أكرمكم عند الله أتقاكم ولنـا ماروى جابر انه عليه السـلام قال الالايزوج النساء الا الاولياء ولايزوجن الامن الاكفاء وماروياه فى احكام الآخرة وكلامنا فى الدنيا زيلعى وسواسية بفتح الياء مع التشديد والتخفيف بمعنى سواء شيخنـا عن القاموس (قوله فرق الولى) العصبة لاغيره وان لم يكن محرما كابن العم عـلى الصحيح دفعا للضرر عن نفسه وقدمنا ان رواية عدم نفاذه هى المفتى بها وهل لها على ظاهر الرواية ان تمنع نفسها من الوطء ظاهر الجواب لا واختـار الفقيه ان لها ذلك وكثير من مشايخنا أفتوا بظاهر الرواية ولا خفاء انه على رواية عدم النفاذ يحرم عليها التمـكين كما يحرم عليه الوطء نهر ولو زوجها الولى من غير كفء برضا هـا ففارقته ثم تزوجت به بغير اذن الولى كان للولى ان يفرق بينهما لان الرضا بالاول لايكون رضا بالثـانى زيلعى بقى ان ماسبق عن النهر من قوله وقدّمنا ان رواية عدم نفـاذه الخ مخالف لمـا فى البحر من عدم انعقاده أصلا اذا كان لها ولى ومافى البحر موافق لما سبق فى الشرح فى باب الاولياء حيث قال وروى الحسـن عن أبى حنيفة ان النكاح لاينعقد ويمكن دفع المخالفة بان يحمل عدم النفاذ على عـدم الانعقاد (قوله مالم تلد) هذا خلاف الظاهر من كلام المصنف اذ اطلاقه شامل لما اذا ولدت فله التفريق نهر عن مبسوط شيخ الاسـلام لـكن جزم الزيلعى وغيره بعدمـه وكأنه المعتمد عندهـم قال فى البحر وينبغى ان يكون الحبل الظاهر كالولادة انتهى (قوله ولايكون التفريق بذلك الا عند القاضى) فلو قال المصنف فرق القاضى بينهما بطلب الولى لـكان اظهر حموى عن البحر (قوله ورضا البعض الخ) بخلاف التصديق بالـكفاءة من البعض فانه لا يسقط حق الباقين لان المصـدق منكر سبب الوجوب وانـكار سبب وجوب الشئ لايكون اسقاطا له ولو رضى بتزويجها من غير كفء ولم يعين احـدا أو رضى بعد العقـد ولم يعرف عين الزوج لا يعتبر لان الرضا بالمجهول لايتحقق بحر عن الخانية (قوله كالـكل) لانه حق واحد لا يتجزأ لانه ثبت بسبب لايتجزأ فثبت لـكل واحـد منهم على الـكمال كولاية الامان اذا أسقطه بعضهم لا يبقى حق الباقين زيلعى فاذا صدر الامان من حر مجاهد او ممن أذن له مولاه فى الجهاد فقد اسقط به حق نفسه فى الغنيمة فيلزمه حكم أمانه قصدا ثم لزم على غيره ضمنا لعدم تجزئه اما فى امان الحر فواضح وأما فى امان المأذون له فى الجهاد فلانه باذن المولى صـار شريكا فى الغنيمة عـلى حسب ما يراه الامام وبرضـاه فـكان بالامان مسقطا حقه قصدا وحق غيره من سائر المجاهدين ضمنا كما قرر فى محله شيخنا (قوله ولم يكن لمن هو مثله الخ) أشار به الى ان رضا البعض انمـا يكون كرضا الـكل اذا استووا فى الدرجة ومنه تعلم ان المصنف قد اطلق فى محل التقييد الا ان يقال ان التقييد مستفاد من كلامه لان الابعد لاولاية له مع وجود الاقرب فالتقييد لزيادة الايضاح فقط نهر (قوله الا ان يكون أقرب منه) فيه انه كيف يصح دعوى الاقربية بعد فرض المثلية ويمكن ان يصوّر ذلك فيمـا اذا كان لهـا ثلاث اخوة اخوان منهم لاب وواحـد شقيق قد غاب فزوجها أحـد الاخوين لاب ففى هـذه الصورة ليس لاحد الاخوين لاب ان ينقض ما عقـد الآخر وللاخ الشقيق اذا جاء نقضه لانه أقرب منهما ويكون على هذا تامـة لاناقصة حموى ولا يشكل بما سبق من قول المصنف وللابعد التزويج بغيبة الاقرب مسـافة القصر ولا يبطل بعوده انتهى اذ ما سبق بالنسبة لمـا اذا زوجت من كفء وقول السيد الحموى ويكون على هذا تامـة لاناقصة بنـاء على تجريد يكون من الضمير المستتر وان أقرب هو الفاعل ولا يتعين بل الظاهر أنها ناقصة واسمها مستتر فيها واقرب هو الخبر والتقدير الا ان يكون الذى يريد نقضه أقرب (قوله وقال أبو يوسف الخ) لانه حق الـكل فلا يسقط الا برضا الـكل كالدين المشترك اذا أسقط احد الدائنين حقه لا يسقط حق الآخر قلنـا ان الحق فى الدين متعدد وهنا واحد غير متجزئ لثبوته بما لايتجزأ فيثبت لـكل على الـكمال كولاية الامان اذا اسقطه بعضهم لايبقى حق البـاقين كما سبق عن الزيلعى (قوله وقبض المهر الخ) جهزهـا به اولا فى الاصح نهر (قوله ونحوه) بالرفع عطفا على قبض أى وقبض نحوه وبالجر عطفا على المهر كالنفقة التى

(فرق الولى) مالم تلد المرأة منه ان
شاء خلافا لمالك وسفيان وأما اذا ولدت
منه فلا حق له ولا يكون التفريق
بذلك الا عند القاضى ومالم يفرق
القاضى فحكم الطلاق والارث قائم وتلك
الفرقة ليست بطلاق ولا مهر لها ان لم
يدخل بها وان دخل بها فلها المسمى
والطلاق هذه المسئلة دليل على رجوع
محمد الى قولهما فى النكاح بغير ولى
(ورضا البعض) من الاولياء (كالكل)
ولم يكن لمن هو مثله فى الولاية ان ينقضه
الا ان يكون أقرب منه وقال أبو يوسف
ان رضى به البعض فللولى الذى هو مثله
ان لا يرضى (وقبض المهر) ونحوه
كالقيام لترتيب زفافها

ادعى بها بوكالة منها هذا اذا كان عدم الكفاءة ثابتا عند القاضي قبل مخاصمته فان لم يكن لا يكون رضا بالنكاح قياسا واستحسانا نهر عن الذخيرة (قوله وقبض نحوه) فيه نظر لان قوله اى وقبض نحوه لا يصح مع العطف على قبض والصواب ان يقال أى ونحو قبض المهر كقبول الهدية حموى (قوله رضا) لانه تقرير لحكم العقد (قوله لا السكوت) لانه يحتمل فلا يجعل رضا الا في مواضع مخصوصة ليس هذا منها زيلعي (قوله والكفاءة تعتبر الخ) وتعتبر الكفاءة عند ابتداء العقد وزوالها بعد ذلك لا يضر ولا يوجب الخيار كالمبيع اذا تعيب عند المشتري زيلعي (قوله نسبا الخ) نظمها السيد الحموي فقال

ان الكفاءة في النكاح تكون في * ست لها بيت بديع قد ضبط

نسب واسلام كذلك حرفة * حرية وديانة مال فقط

(قوله كأهل بيت الخلافة) فلا يكافئهم غيرهم من القرشيين او قال ذلك تسكينا للفتنة لان ظاهر قوله عليه السلام قريش بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل يقتضي عدم اعتبار التفاضل فيما بينهم نهر (قوله والعرب أكفاء) اقتضى كلامه عدم اعتبار الكفاءة نسبا في غير العرب لانهم لا يفتخرون به بل بالدين والى ذلك أشار سلمان حين افتخرت الصحابة بالانساب وانتهى الامر اليه فقال أبي الاسلام نهر (تتمة) الائمة الاربعة الخلفاء كلهم من قريش لانتسابهم الى النضر فمن دونه وليس فيهم هاشمي الا علي رضي الله عنه فانه ابن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم والصديق يجتمع معه عليه السلام في الجد السادس وهو مرة وعمر بن الخطاب يجتمع معه عليه السلام في الجد السابع وهو كعب وعثمان يجتمع معه عليه السلام في الجد الثالث وهو عبد مناف وبيان ذلك في البحر فان قلت قريش أيضا عرب فكيف عطفه عليه وأفرده بالذكر قلت لفضيلة قريش افرده بالذكر فكانه جنس آخر الا ان سائر العرب ليسوا بأكفاء لقريش وفي المبسوط أفضل الناس نسبا بنو هاشم ثم قريش ثم العرب لحديث ان الله اختار من الناس العرب ومن العرب قريشا واختار منهم بني هاشم واختارني من بني هاشم فانا خيار من خيار عيني (قوله بعضهم لبعض) أطلقه فعم بني باهلة وما ذكره العيني والزيلعي تبعا للهداية من قوله وبنو باهلة ليسوا بكفء لجميع العرب لانهم معروفون بالخساسة والدناءة لانهم يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ويأكلون نقي عظام الميتة بحث فيه في فتح القدير بأن ما ورد عنه عليه السلام من قوله والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة صريح في التسوية بينهم من غير فصل مع أنه عليه السلام كان اعلم الناس بالعرب واخلاقهم وليس كل باهلي كذلك قال في النهر وهذا البحث يعضده اطلاق المصنف انتهى وأقره الحموي وأقول يعكر عليه ما ذكره الزيلعي من ان رجلا قال له صلى الله عليه وسلم اتتكافأ دماؤنا قال نعم لو قتلت باهليا لقتلتك به فهذا يدل على دناءتهم عندهم وانهم عرفوا بذلك ودل كلامه ان غير العربي لا يكافيء العربي وان كان حسيبا بأن كان ذا منصب وجاه لكن في جامع قاضيخان الحسيب يكون كفؤا للنسيب فالعالم العجمي يكون كفؤا للجاهل العربي وللعلوية لان شرف العلم فوق شرف النسب وارتضاه في فتح القدير وجزم به البزازي وزادوا العالم الفقير يكون كفؤا للغني الجاهل نهر وجرى عليه في الدرر حيث قال العجمي العالم كفء للعربي الجاهل ويخالفه ما في التنوير وشرحه العجمي لا يكون كفؤا للعربية ولو كان العجمي عالما وهو الاصح فتح عن الينابيع ونقل الحموي عن البرجندي الاصح ان ذا الجاه كالسلطان والعالم لا يكون كفؤا للعلوية انتهى *(فرع)* الحنفي كفء لبنت الشافعي در وفي جامع الفتاوى قيل لا ينبغي للحنفي ان يزوج بنته من شافعي *(تتمة)* طبقات العرب ست وهي الشعب بفتح الشين والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة فالشعب أعمها لانها تجمع القبائل والقبيلة تجمع العمارة والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل فربيعة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وقد نظمها بعض الادباء في قوله

قبيلة فوقها شعب وبعدهما * عمارة ثم بطن تلوه فخذ

(رضا الا السكوت) أي لو علم الولي بالنكاح وسكت لا يكون رضا وان طال ما لم تلد (والكفاءة تعتبر نسبا) أي من جهة النسب (فقريش أكفاء) بعضهم لبعض بطنا بالبطن ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش ومن مجهد الان يكون نسبا مشهورا كأهل بيت الخلافة (والعرب أكفاء) بعضهم لبعض قبيلة لقبيلة وليسوا بكفء لقريش

وليس

وليس يثوي الفتى الا فصيلته * ولا سداد لسهم ماله قذذ

واعلم ان العرب صنفان عرب عاربة وهم أولاد قحطان ومستعربة وهم أولاد اسمعيل عليه السلام وقيل قحطان من ذرية اسمعيل والعجم أولاد فروخ أخي اسمعيل وسمي العجم موالي لان بلادهم فتحت عنوة بأيدي العرب وكان للعرب استرقاقهم فاذا تركوهم أحرارا فكأنهم أعتقوهم والموالي هم المعتقون أو لانهم نصروا العرب على قتل الكفار والناصر يسمى مولى نهر وزيلعي (قوله والقرشي من كان من ولد النضر بن كنانة) ومن لم يكن من ولده فليس بقرشي وقيل هو من كان من ولد فهر بن مالك وهو ابو كنانة وفي شرح البخاري لابن حجر الاكثرون على القول الاخير حموي عن البرجندي (قوله وحرية) فلا يكون العبد ولا المعتق كفؤا للحرة الاصلية قال في التجنيس ولو كان أبوها معتقا وأمها حرة الاصل لم يكافئها المعتق وفي المجتبي معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضيع وأما الكفاءة بين أهل الذمة فغير معتبرة فلو ادعى الولي ان الزوج غير كفء لم يفرق الا أن يكون نسبا مشهورا كبنت ملكهم اذا أخذها حائك فيفرق لتسكين الفتنة لا لعدم الكفاءة والقاضي مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين والمجنون ليس بكفء للعاقلة ولا عبرة بالجمال والبلد فالقروي كفء للمدني نهر (قوله واسلاما) فلا يكون من أسلم بنفسه كفؤا لمن لها أب في الاسلام وهذا في حق العجم لتفاخرهم به لا في العرب لانهم لا يتفاخرون بغير الانساب فمن له أب كافر لو تزوج بمن لها في الاسلام آباء كان كفؤا قال في الفتح ولا يبعد أن يكون من أسلم بنفسه كفؤا لمن عتق بنفسه وفي القنية المرتد اذا أسلم يكون كفؤا لمن لم يجر عليها ردة نهر (قوله وأبوان فيهما كالآباء) هذا ظاهر الرواية وهو الصحيح كما في المبسوط نهر لان أصل النسب في التعريف الى الاب وتمامه الجد فلا يشترط أكثر من ذلك حموي عن ابن الحلبي (قوله وعن أبي يوسف) انه يكون كفؤا يحمل على انه قال ذلك في موضع لا يعد كفر الجد عيبا ويدل على ذلك اتفاقهم على انه ليس بعيب في العرب لانهم لا يعيرون بذلك واستحسنه في النهر لان به ينتفي الخلاف ونظيره ما قيل انما اكتفى الثاني بذكر الاب في الدعاوى والشهادات اذا كان في قرية صغيرة لا يلتبس الاسم فيها وعدم الاكتفاء عندهما اذا كانت كبيرة كالمصر (قوله وديانة) عدل عن قول غيره ودينا لان المراد التقوى لا اتفاق الدين لما مر انه شرط لنكاح المسلمة والكلام في شرط الكفاءة نهر فلو اقتصر العيني على تفسيرها بالتقوى لكان أولى (قوله حتى ان امرأة من بنات الصالحين الخ) والظاهر من عبارة الدرر ان العبرة بصلاحها وصلاح أبيها وقال بعضهم العبرة بصلاح أبيها فقط فالفاسق لا يكون كفؤا لبنت صالح ولو كانت البنت فاسقة وقال بعضهم بصلاح نفسها فقط فالفاسق لا يكون كفؤا لصالحة ولو كان أبوها فاسقا نوح افندي (قوله وقال محمد لا يعتبر الا ان يفحش) وعليه الفتوى بحر عن الفتح ثم رأيت في حاشية نوح افندي ما يخالفه في التصحيح (قوله وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة) أما المهر فلانه عوض بضعها فلا بد من تسليمه والمراد قدر ما تعارفوا تعجيله كما سيأتي وأما النفقة فلان قوام الازدواج ودوامه بها درر والقوام كسحاب العدل وما يعاش به شيخنا عن القاموس والمراد النفقة بطريق الكسب صححه في المجتبي وقيل نفقة شهر وصححه في التجنيس قال في البحر وتصحيح المجتبي أولى وكلامه في الدرر يشير الى التوفيق حيث قال أي نفقة شهر ان لم يكن محترفا والا فان يكتسب كل يوم كفايتها لو تطيق الجماع انتهى واذا لم تكن مطيقة للوطء فهو كفء وان لم يقدر على النفقة لانه لا نفقة لها ويعد قادرا على المهر بيسار أبيه وامه وجده وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة بيسار الاب شرنبلالية عن الفتح ووجهه كما في الدر عن الذخيرة ان الآباء يتحملون عن الابناء المهر عادة لا النفقة ومع هذا لا يلزم الاب مهر ابنه الا اذا ضمنه كما سيأتي في المتن من باب المهر ولو كان عليه دين بقدر المهر كان كفؤا لان له ان يقضي أي الدينين شاء ولو قدر على نفقتها دون نفقته يكون كفؤا وان لم يجد نفقتها لا يكون كفؤا ولو فقيرة نهر عن الذخيرة وقيل اذا كان ذا جاه كالسلطان والعالم يكون كفؤا وان لم يملك الا النفقة لان الخلل ينجبر به (قوله فاما الكفاءة في الغنى فتعتبر عندهما) جعله الزيلعي رواية عنهما (قوله

والعرب والقرشي من كان من ولد النضر (وحرية) من جهة من جمعهم أب فوق النضر (واسلاما) من جهة الاصل (وأبوان فيهما) أي في الحرية والاسلام (كالآباء) فمن له أب واحد في الاسلام والحرية لا يكون كفؤا لمن له أبوان فيهما وعن أبي يوسف انه يكون كفؤا (و) تعتبر (ديانة) عندهما حتى ان امرأة من بنات الصالحين لو نكحت فاسقا كان للاولياء حق الرد وقال محمد لا تعتبر الا ان يفحش كرجل يصفع في الاسواق ويسخر منه أو يخرج سكران ويلعب به الصبيان (و) تعتبر (مالا) فانه لا يكون كفؤا لها (و) هو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان العاجز عنهما أو عن أحدهما لا يكون كفؤا لها وعن أبي يوسف انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر والمراد بالمهر قدر ما يتعارفون تعجيله فأما الكفاءة في الغنى فتعتبر عندهما حتى ان امرأة فائقة في يسارها لو تزوجت ممن يقدر على المهر والنفقة يرد عقدها وقال أبو يوسف ان كان قادرا على ايفاء ما يعجل لها ويكتسب ما ينفقه عليها يوما بيوم فانه يكون كفؤا وقال شمس الائمة السرخسي

وصاحب الذخيرة فيها) زادفيها لدفع احتمال ذكره فى غيرهامن مصنف آخرله (قوله الاصح ان ذلك لا يعتبر) يعنى الكفاءة فى الغنى لان كثرة المال مذموم فى الاصل قال عليه السلام هلك المكثرون الامن قال بمـاله هكذا وهكذا اى تصدق به درر قال فى نهاية ابن الاثير العرب تجعل القول عبارة عن جميع الافعـال وتطلقه عـلى غير الـكلام فتقول قال بيده أى اخـذ وقال برجـله أى مشى وقال بثوبه أى رفعه وكل ذلك على المجاز والاتساع انتهى ومن غفل عن هـذا الاستعمال قال فى تفسيره تصـدق به بان عينه فى وجوه الخيرات وذلك ليرجع التصدق الى القول اللسانى بالتأويل وقد عرفت مافيه شيخنا عن عزمى زاده (قوله وحرفة) سميت بها لانه ينحرف اليها وتسمى صنعة أيضا قال فى البحر والظاهر انها أعم من الصنعة لانها العلم الحاصـل من التمرن على العـمل ولهذا عبر بالحرفة دونها انتهى وبه صرح فى حاشية شرح المواقف لابن الفنارى نهر والوظائف من الحرف فصاحبها كفء للتاجر لوغير دنيئة كبوابة وذوتدريس أونظر كفء لبنت الامير بمصر درعن البحر (قوله فالبزاز والعطار كفوان) يشير الى ان المعتبر فى الحرفة التقارب لاحقيقة المساراة وعليـه الفتوى شرنبلالية عن البحر والبزاز تاجر القماش (قوله لايكون كفؤالهما) وكـذا الخياط والحداد والنجـار شيخنا (قوله وقال أبو يوسف لا يعتبر الخ) الصحيح اعتبار الكفاءة فى الحرف لانّ الناس يتفاخرون بشرفها ويتعيرون بدناءتهـا نهر عن الخانية (قوله كالحجام الخ) وأتباع الظلمة أخس من الـكل در (قوله وفى الجامع الصغير الخانى لا تعتبر الكفاءة الخ) لانه يمكنه التحول عنها عينى وفيـه انه وان امكن تركها يبقى عارها بحر عن المجتبى (قوله ونقصت عن مهر مثلها) نقصانا لا يتغابن الناس فى مثله أما لو كان يسيرا يكون عفوا حموى عن ابن الحلبى (قوله للولى) وهو العصبة على مامر لا غـيره من الاقارب ولا القـاضى لو كانت سفيهة نهر عن الذخيرة ولا فرق بين المحرم وغيره هو المختار بحر (قوله ان يفرق بينهما) أى يوقع بينهما الفراق على ان الفعل مسـند الى مصدره الثلاثى ويحتمل ان يكون مبنيا للفاعل وفاعل الاتمـام والتفريق الولى والاسـناد اليه على سـبيل التسبب حموى ثم ان كان التفريق قبل الدخول فلامهر لها وبعده ولو حكما لها المسمى نهر والمراد بالدخول الحكمى الخلوة بلامانع وكذا يجب لها المسمى بموت أحدهما قبل التفريق زيلعى ووجوب المسمى بموت أحدهـما قبل التفريق يشمل مالو كان قبل الدخول لان النكاح به ينتهى وفى الدر التصريح بانه ليس للولى المطالبة بالاتمام لانتهاء النـكاح بالموت اه (قوله أو يتم مهرها) فان قلت لا فائدة فى هذا الاتمام لانها تسقطه قلت فائدته اقامة حق الولى كما اذا كان أقل من عشرة دراهم يتم لها عشرة اقامة لحق الله تعالى عينى ويجوز أن تكون أو من قوله أو يتم مهرها بمعنى الا أن والتقدير للولى ان يفرق الا ان يتم الزوج المهر حموى (قوله وعندهما ليس للولى الخ) لان الزائد على العشرة حقها ولا اعتراض على من اسقط حقه كما فى الابراء وله ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فاشبه الكفاءة ولا يتعيرون بالابراء نهر (قوله انما يصح الخ) أى نسبة هذا الى محمد انما يصح على قوله الذى رجـع اليـه من نفاذ النكاح بلا ولى (قوله وهذه شهادة صادقـة عليه) أى على الرجوع قال فى النهر وفى هـذه الشهادة طعن وذلك ان المسئلة كما هنا هى فى الجامع الصغير ورجوعه قبل موته بسبعة ايام ومعلوم ان وضع الجامع سابق وحينئذ يتعين ان يكون وضع المسئلة فيما اذا اذن لها الولى فى النكاح ولم يسم مهرا فعقدت على ذلك الوجه انتهى او كتأويل الشارح فعلى هذا لا يكون فى هذه المسئلة شهادة على ماذكر (قوله ولو زوج طفله الخ) قيد بتزويج الطفل لانه لو زوج امة الطفل بغبن فاحش لم يصح اتفاقا لما فيه من اضاعة المـال وكذا سائر التصرفات المالية كالبيع والصلح عن دعوى المـال والاجارة والاستئجار وبالطفل لانه لو زوج الكبيرة برضاها من مملوكه أو بغبن فاحش صح نهر يعنى من غير خلاف (قوله او ابنه الصغير غير كفء) موافق لما قدمناه عن المحيط وغيره ومخالف لما مر عن الخبازية من عدم اعتبار الكفاءة فى جانبهـا عنـد الـكل قال فى الحواشى السعدية ولعلهما يعتبران الكفاءة بالحرية من جانبها دون غيرها لان رقبة الزوجـة تستتبع

وصاحب الذخيرة فيها (الاصح ان
ذلك لا يعتبر (و) تعتبر (حرفة) فالبزاز
والعطار كفوان والخفاف لا يكون
كفوا لهما وقال ابو يوسف لا تعتبر الا ان
تفحش كالحجام والحائك والدباغ
وفى الجامع الصغير الخانى لا تعتبر
الكفاءة فى الحرف فى اظهر الروايتين
عن ابى حنيفة (ولو) نكحت كفوا
و(نقصت عن مهر مثلها) يجوز للولى
ان (يفرق) عند القاضى ان لم يلتزم
ما يتم به لها مهر مثلها وهذه الفرقة
لاتكون طلاقا لانها ليست من قبل
الزوج (او) ان (يتم مهرها) ان التزم
عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما
ليس للولى حق الاعتراض وهذا
الوضع انما يصح على قول محمد المرجوع
اليه فى النكاح بلا ولى فقد صح ذلك
عنه وهذه شهادة صادقة عليه او كان
تأويل المسئلة فيما اذا اكرهت المراة
والولى على ان تزوجها باقل من مهر
مثلها ثم زال الاكراه فرضيت المراة
فابى الولى فليس له ذلك عندهما
(ولو زوج طفله غير كفء أو بغبن فاحش)
اى ان زوج الاب الصاحى ابنته
الصغيرة من غير كفء ولو عبدا او نقص
من مهرها او ابنه الصغير غير كفء ولو امة
اوزاد فى مهر امرأته

رقية أولادها انتهى والى هذا يرشد تصويرهم المسئلة بما اذا زوجه امة الا ان الظاهر اعتبارها فى جانبها مطلقا على ما فى نهر (قوله صح ذلك عليهما عند الامام) لكن لهما اختيار الفسخ بعد البلوغ أو العلم بالنكاح كما فى البرجندى وفيه ان هذا خلاف الصحيح كما يعلم بمراجعة الاصلاح لابن الكمال حموى (قوله وعندهما لا يجوز الزيادة الخ) وكذا لا يجوز ان يزوجها من غير كفء لان الولاية مقيدة بالنظر فعند فواته يبطل العقد ولهذا لا يجوز ذلك لغيرهما من الاولياء كما فى البيع ولابى حنيفة ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفى النكاح مقاصد تربو على ذلك بخلاف البيع فان المقصود فيه المالية فاذا فاتت فات النظر وبخلاف غيرهما لان دليل النظر لم يوجد وهو قرب القرابة ووفور الشفقة زيلعى (قوله الا بما يتغابن الناس فيه) والذى يتغابن فيه فى النكاح ما دون نصف المهر حموى عن شرح النظم الهاملى (قوله لغير الاب والجد) مثلهما ابن المعتوهة وسيد الامة ويدخل فى الغير وكيل الاب فلو زوج طفل موكله بغبن فاحش لم يجز كما فى القنية وقدمنا ان المسئلة مقيدة بما اذا لم يعين لوكيله المقدار ومفاده انه لو عين لوكيله شخصا فزوجها الوكيل منه ان يصح وان لم يكن كفؤا بقى ان يقال قولهم لا يجوز للوكيل تزويج بنت موكله بغبن فاحش استشكله فى معين المفتى بقولهم انه يصح ان يوكل بكل ما يعقده بنفسه وفى رمز المقدسى كلام يتعلق بهذا حموى ثم قال انظر هل لوكيل الولى الاقرب ان يزوج بحضرة الابعد انتهى وأقول مقتضى قولهم ان الابعد لا ولاية له مع وجود الاقرب وقولهم ان له ان يوكل بكل ما يعقده بنفسه ان يكون له ذلك ثم رأيت فى البحر ما يفيده (تنبيه) التوكيل بالنكاح يتناول الجائز دون الفاسد فلو وكله ان يزوجه امرأة نكاحا فاسدا فزوجه نكاحا صحيحا لم يجز فرق بين هذا وبين ما اذا وكله بالبيع الفاسد والفرق ان الوكيل بالبيع الفاسد وكيل بالبيع والبيع الفاسد بيع فاذا باع جائزا فقد خالف الى خير فينفذ وأما الوكيل بالنكاح الفاسد فغير وكيل بالنكاح لان النكاح الفاسد ليس بنكاح لانه لا يفيد الملك ولهذا لا يجوز طلاقها ولا ظهارها فاذا لم يصر وكيلا لم ينفذ تصرفه عليه حموى عن ابن الحلبى وجه كون البيع الفاسد بيعا انه يفيد الملك اذا اتصل به القبض

(فصل فى الولاية فى النكاح وغيره)

الصواب فى الوكالة كما فى الزيلعى والعينى كذا ذكره الحموى وتبعه بعضهم وفيه نظر سيأتى وجهه ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث نفاذ تصرفه على الموكل كانت تالية الولاية الاصلية فلا جرم أوردها ثانية فى التعليم ثم ذكر الفضولى لتأخره عنها لان النفاذ بالاجازة انما ينسب للولى المجيز فنزل عقد الفضولى كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه وبدأ بالولى لقوته وان كان الفصل معقودا للوكيل نهر والحاصل ان مسائل هذا الفصل لم تنحصر فى الوكالة لاشتمالها على كل من الوكالة والولاية بل وعلى غيرهما أيضا كنكاح الفضولى فقول الشارح فصل فى الولاية صحيح ولا حاجة الى ما سبق من التصويب (قوله لابن العم ان يزوج الخ) ولا يحتاج الى القبول لان قوله زوجت قد تضمن معنى الشطرين حموى (قوله بنت عمه الصغيرة) وهذا القيد لا بد منه والا فان كانت كبيرة وكان ذلك باذنها كان وكيلا والا كان فضوليا وهذه المسئلة من جزئيات ما مر من قوله وللولى انكاح الصغيرة لانه أعم من انكاحها لنفسه أو لغيره نهر (قوله من نفسه) صوابه نفسه باسقاط من قال فى المغرب زوجته امرأة وتزوجت امرأة وليس فى كلامهم تزوجت بامرأة ولا زوجت منه امرأة حموى (قوله اذا كانت الولاية له) بان لم يكن هناك غيره أو لم يكن محجوبا بمن هو أقرب منه حموى أو كان محجوبا بالاقرب وكان ذلك الاقرب غائبا مسافة القصر أو لم يغب لكنه عضل وهذا اذا كانت صغيرة أما لو كانت كبيرة فان وكلته فكالصغيرة وان لم توكله كان الموجود شطر عقد لكونه فضوليا من جانبها وسيأتى ان شطر العقد باطل فلا يتوقف خلافا للثانى (قوله وهو المختار) وعليه فلا حاجة الى كشف وجهها وان كان هو الاحوط وهذا مروى عن الحسن وبشر وقيل لا يجوز ما لم يرفع النقاب ويراها الشهود حموى (قوله والاحتياط ان يكشف وجهها أو يذكر اباها) كذا فى كثير من نسخ الفتاوى بكلمة أو والصواب بالواو كما فى عمدة الفتاوى للصدر الشهيد لان الاحتياط الجمع بينهما

(صح) ذلك عليهما عند الامام وعندهما
لا يجوز الزيادة ولا الحط الا بما يتغابن
الناس فيه والاصح ان اصل النكاح
باطل عندهما وانما قيدنا بالعدو لانه اذا
لو كان سكران لا يجوز اجماعا وكذا اذا
كان للاب سوء اختيار مجانة اوفسقا
(ولم يجز ذلك) اى تزويج غير الكفء
والزيادة والنقصان (لغير الاب والجد)
اتفاقا
(فصل) فى الولاية فى النكاح
وغيره يجوز (لابن العم ان يزوج بنت عمه
من نفسه) اذا كانت الولاية له صورته
ان يقول زوجت فلانة من نفسى
بحضرة الشهود ثم ان كانت بنت عمه
حاضرة فى مجلس العقد يراها الشهود
لا يحتاج الى تعريفها وفى السراجية اذا
قالت متنقبة زوجت نفسى منك
ولا يعرفها الشهود فقال تزوجت جاز
وزاد فى الخلاصة وقال وهو المختار
والاحتياط ان يكشف وجهها

لا احدهما بحر (قوله أويذكر أباها) كان عليه ان يقول وجدها حتى يكون متفقا عليه فيقع الامن من أن يرفع الى قاض يرى قول نصير بن يحيي انه لا يجوز فيبطل النكاح حموى عن الخلاصة (قوله ينبغي ان يذكر اسمها) ينبغي هنا للوجوب لا للندب حموى (قوله ان يذكر اسمها واسم ابيها واسم جدها) خلافا للخصاف قال الحلواني والخصاف كبير في العلم يقتدى به نهر لكن قال في البحر والمختار في المذهب خلافه وان كان الخصاف كبيرا في العلم يقتدى به (قوله أما اذا وكلته بان يزوجها فزوجها من نفسه لا يجوز) لانه كما في البحر عن المحيط أمرته بالتزويج من نكرة وهو معرفة بالخطاب والمعرفة لا تدخل تحت النكرة وكذا لا يجوز ان يزوجها من نفسه اذا وكلته ان يتصرف في أمرها أو قالت له زوج نفسي ممن شئت تنوير ونهر عن الخانية لكن في الشرنبلالية وكلت رجلا بتزويجها فتزوجها لم يجز كذا عكسه فيتوقف على الاجازة الا ان تقول ممن شئت انتهى ومسئلة العكس هي ما اذا وكلها بتزويجه (تتمة) سئلت عن شخص اعتق امته ولم يعلمها بالعتق واراد العقد عليها بدون علمها فهل اذا وكلته وكالة عامة يملك العقد عليها وينفذ وان لم تعلم فاجبت بان له ذلك أخذا من قولهم الوكيل وكالة عامة مطلقة يملك المعاوضات لا الطلاق والعتاق والتبرعات قال في الدر قبيل الوكالة بالخصومة وبه يفتى الخ ولا ينافي هذا ما سبق عن النهر والتنوير من انها اذا وكلته ان يتصرف في أمرها لا يجوز ان يزوجها من نفسه لكون التوكيل غير عام ثم ظهر انه وان ملك تزويجها لكونها وكلته وكالة عامة لكن لا لنفسه بل لغيره (قوله وقال زفر والشافعي لا يجوز فيهما) أي فيما اذا كان وليا أو وكيلا بدليل ما سيأتي عن أحد قولي الشافعي ان كان وليا لما يجوز وان كان وكيلا لا وجه عدم الجواز ما ذكره الزيلعي من ان الواحد لا يكون مملكا ومتملكا كما في البيع ولنا ان المباشر في النكاح سفير ومعبر والتمانع في الحقوق وهي لا ترجع اليه بخلاف البيع لانه أصيل فيه ولهذا ترجع الحقوق اليه وفي الغاية هذا التعليل صحيح لو سلم من النقض ولم يسلم فان الوكيل لو زوج موكله على عبد نفسه يطالب بتسليمه وهذا سهو فانه لم يلزمه بمجرد العقد بل بالتزامه حيث أضاف العقد اليه بجعله مهرا انتهى وأفاد في الذخيرة انه اذا سلمه لا يرجع على الزوج بشئ ولو قال بالف من مالي أو بالفي هذه جاز ولا يلزم الوكيل شئ والسفير الرسول والجمع سفراء كفقيه وفقهاء نهر عن الصحاح وفيه عبرت عن فلان اذا تكلمت عنه وهذا يفيد ان عطف المعبر على السفير تفسيري قال في الفتح وانما لم يذكر المصنف الرسول استغناء عنه بالوكيل لانه فيه أي في النكاح رسول (قوله ونكاح العبد والامة) ولو مدبرا أو مكاتبا أو ام ولد نهر وكذا المستسعى والمبعض حموى ثم الاصل فيه ان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا وما لا مجيز له يبطل فلو باع الصبي ماله أو اشترى أو زوج امته أو كاتب عبده توقف على اجازة الولي ولو طلق أو خلع أو اعتق عبده ولو على مال بطل لعدم المجيز الا اذا كان لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الانشاء كان يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أو العتاق نهر وكذا اذا زوجه الفضولي امة وكان تحته حرة أو زوجه اخت امرأته أو كان تحته أربع نسوة فزوجه الفضولي خامسة يبطل ولا يتوقف على اجازة أحد حتى لو زال المانع بان ماتت امرأته وأجاز العقد لا يجوز وكذا لو زوجه خمسا في عقدة واحدة وليس له ان يجيز في بعضهن وعلى هذا لو باع الصبي بغبن فاحش أو زوج المكاتب عبده كان باطلا ولا يتوقف على اجازة أحد حتى لو بلغ الصبي أو أعتق المكاتب فاجازه لم يجز بحر والمجيز من له قدرة الامضاء على الاجازة (تنبيه) للفضولي في النكاح فسخه قبل الاجازة عند أبي يوسف حتى لو اجاز من له الاجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول أبي يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد ويفرق بان حقوق العقد بالبيع ترجع الى الفضولي بعد الاجازة لانه يصير كالوكيل بخلاف النكاح كذا في الفتح وقال قاضيخان رجل زوج رجلا من امرأة بغير أمره لم يكن لهذا العاقد فسخه انتهى من غير ذكر خلاف شرنبلالية وعلى ما في الخانية جرى في النهر حيث قال الفضولي قبل الاجازة لا يملك نقض النكاح لا قولا ولا فعلا بخلاف البيع (قوله موقوف) وان اعتق العبد أو الامة نفذ حموى عن شرح ابن الحلبي (قوله

ويذكر اباها وان كانت غائبة ينبغي ان يذكر اسمها واسم ابيها واسم جدها وان كانت معتقة يذكر اسمها واسم معتقها واسم اب المعتق (و) يجوز للوكيل ان يزوج موكلته من نفسه اما اذا وكلته بان يزوجها فزوجها من نفسه لا يجوز وقال زفر والشافعي لا يجوز فيهما وفي أحد قولي الشافعي ان كان وليا لما يجوز وان كان وكيلا لا (ونكاح العبد والامة بدون اذن السيد موقوف)

ان أجازه المولى بالقول أو بالفعل وفي التجنيس اذن له فيه بعد ما تزوج لا ينفذ الا باجازة العقد قبل شهر
(قوله كنكاح الفضولي) الفضولي بضم الفاء في اللغة من يشتغل بما لا يعنيه منسوب الى الفضول جمع
فضل بمعنى الزيادة المطلقة وقد غلب الجمع على ما لا خير فيه وفي عرف الفقهاء من ليس بوكيل ولا رسول ثم
الاجازة قد تكون بالقول و بالفعل وبالخلوة على ما ذكره صدر الاسلام وقيل لا وكذا بالتقبيل واللمس ان
كان بشهوة وكذا بعث شيء من المهر مطلقا وصل أم لا خلافا لبعضهم اذا لم يصل حموي عن البرجندي
(قوله ولا يتوقف شطر العقد) أي نصفه وهو الايجاب يعني اذا قال رجل اشهدوا اني تزوجت فلانة وهي
غائبة عن المجلس فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل أو تقول المرأة كذلك فان قبل رجل فضولي في المجلس
جاز العقد موقوفا على الاجازة وقال أبو يوسف يجوز في الفصلين حموي وعلى هذا الخلاف اذا قال الفضولي
زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل احد لا يتوقف عندهما خلافا له (قوله على قبول ناكح
غائب) اذ لا يتوقف الايجاب على قبول من كان غائبا عن المجلس بل يبطل ولا يلحقه الاجازة ولا فرق
في هذا بين البيع والنكاح وغيرهما من العقود فقوله ناكح ليس بقيد احترازي بحر (قوله هنا ست
مسائل الخ) حاصله ان الواحد يصلح وكيلا من الجانبين أو وليا من الجانبين أو اصيلا من جانب وليا من
جانب أو وكيلا من جانب أصيلا من جانب أو وليا من جانب وكيلا من جانب باتفاق الثلاثة ولو كان
فضوليا من الجانبين أو احدهما لم يتوقف عندهما وعنده يتوقف وعند زفر لا يجوز النكاح بعبارة
الواحد أصلا على ما تقدم زيلعي أما كونه وكيلا من الجانبين فظاهر وأما الولي من الجانبين فكالجد يزوج
ابن ابنه بنت ابنه الآخر بعد موت الابنين أو جنونهما وأما كونه أصيلا من جانب وكيلا من جانب فكما
لو وكلت رجلا ان يزوجها من نفسه وأما كونه وليا من جانب أصيلا من جانب فكابن العم يتزوج بنت
عمه الصغيرة وأما كونه وليا من جانب وكيلا من جانب فكابن العم يزوج بنت عمه ممن وكله بالنكاح حموي
عن البرجندي (قوله قال ابو يوسف يتوقف الخ) لان كلام الواحد في باب النكاح يقوم مقام كلامين
ولهذا لو كان مأمورا من الجانبين يجوز فاذا لم يكن مأمورا يتوقف ولهما ان الصادر من الواحد شطر ولهذا
كان شطرا حالة الحضرة حتى يبطل بقيام أحدهما ويكون لكل واحد منهما الخيار وشطر العقد لا يتوقف
على ما وراء المجلس بخلاف ما اذا كان وليا من الجانبين لانه صار كل العقد حكما لحق الولاية ولهذا لا يحتاج
فيه الى القبول فصار كشخصين وكلامه ككلامين وبخلاف المأمور من الجانبين لان عبارته تنتقل اليهما
فصارت قائمة مقام عبارتهما فكان تمام العقد باثنين معنى وهنا لا تنتقل عبارته اليهما لان الانتقال بالامر
وهو غير مأمور زيلعي واعلم ان الاختلاف في ان الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان وهما غائبان
ولم يقبل أحد هل يبطل أو يتوقف يبتني على خلاف آخر ذكره في البحر وهو ان ما يقوم بالفضولي عقد
تام فيصح ان يتولى الطرفين أو شطره فلا يتوقف فعند أبي حنيفة ومحمد شطر فيبطل وعند أبي يوسف
عقد تام فيتوقف (قوله وقالا هو باطل) لا فرق عندهما بين ان يتكلم بكلام واحد أو بكلامين اذ قبوله
غير معتبر شرعا فالحق بالعدم هاى الحواشي وغيرها كالنهاية على ما نقل عنها الحموي من تقييد الخلاف بما
اذا تكلم بكلام واحد اما اذا تكلم بكلامين فيتوقف اتفاقا ضعيف كما في النهر (قوله اتفاقا) لان ما جرى
بين الفضوليين عقد تام (قوله خلافا للشافعي) لان المباشر لا يقدر على اثبات الحكم وهو الملك لعدم الولاية
فيلغو لعدم الفائدة ولنا ما روى انه عليه الصلاة والسلام جعل أمر المرأة التي زوجها أبوها بغير اذنها
اليها فقالت قد أجزت ما صنع أبي انما اردت لاعلم هل للنساء من الامر شيء وأجاز نكاح امرأة زوجتها امها
ولان العقد صدر من أهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فوجب القول بانعقاده حتى ان رأى
المصلحة اجازه وقد يتراخى حكم العقد عنه كالبيع بشرط الخيار زيلعي (قوله بنكاح امرأة) نكرها دلالة
على انه لو عينها فزوجها له مع اخرى لا يكون مخالفا بل ينفذ عليه في المعينة ولو وكله ان يزوجه فلانة
او فلانة فايهما زوجه جاز ولا يبطل التوكيل بهذه الجهالة نهر عن الخانية (قوله مخالف بامرأتين) يعني

ان أجازه المولى جاز وان رده بطل وقال
مالك يجوز نكاح العبد بغير اذنه
(كنكاح الفضولي ولا يتوقف شطر
العقد على قبول ناكح غائب) هنا ست
مسائل ثلاث فيها اختلاف فضولي قال
زوجت فلانة من فلان وهما غائبان
ولم يقبل منه أحد او قال تزوجت فلانة
وهي غائبة او قالت زوجت نفسي من
فلان وهو غائب ولم يقبل منهما احد
قال أبو يوسف يتوقف ويتم بالاذن
وقالا هو باطل وثلاث منها تتوقف
على الاجازة اتفاقا عندنا خلافا للشافعي
فضولي قال زوجت فلانة من فلان
فقال فضولي آخر زوجتها منه او قال
تزوجت فلانة وهي غائبة فقال فضولي
زوجتها منك او قالت زوجت نفسي من
فلان وهو غائب فقبل عنه فضولي آخر جاز
(والمأمور بنكاح امرأة مخالف بامرأتين)
بان امر رجل رجلا أن يزوجه امرأة
فزوجه امرأتين

في عقد واحد قيد به في الهداية وسيأتي في كلام الشارح أيضا قال في النهر ولا بد منه وانما كان مخالفا لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احداهما غير عين للجهالة ولا الى التعين لعدم الاولوية قال في الهداية فتعين التفريق ورده الزيلعي بانه غير مستقيم اذ له ان يجيز أحدهما أونكاحهما والمنفي انما هو اللزوم للمخالفة وأجاب في الحواشي السعدية بان المراد اذا لم يجز بان رده بقرينة السياق قيد بامرأة لانه لو أمره بان يزوجه امرأتين في عقد فزوجه واحدة فانه يجوز كما في الخلاصة قال في البناية الا اذا قال لا تزوجني الا امرأتين في عقدتين كذا في النهر وفيه خلل لان الاستثناء الذي ذكره يقتضي انه اذا قال له لا تزوجني الا امرأتين في عقدتين فزوجه واحدة لا يجوز وليس كذلك كما يستفاد من عبارة البحر عن غاية البيان حيث فرض المسئلة فيما اذا قال له لا تزوجني الا امرأتين في عقد فافاد قوله في عقد انه لو قال في عقدتين فزوجه واحدة جاز فعلى هذا قوله في النهر في عقدتين صوابه في عقدة هذا ما ظهر لي ثم رأيت السيد الحموي ذكر المسئلة في شرحه معزية للبناية على الوجه الذي ذكرته بصيغة الافراد في العقد فلله الحمد أونقول لا حاجة الى التصويب والاستثناء في كلامه منقطع ومعنى المسئلة اذا قال له لا تزوجني الا امرأتين في عقدتين فزوجهما في عقد لم يجز فيوافق حينئذ ما نقله في البحر أيضا عن المحيط فتدبر (قوله في عقدة واحدة) لانه لو زوجه اياهما في عقدتين نفذ الاول وتوقف الثاني وقيد بامرأتين لانه لا يكون مخالفا بالواحدة ولو صغيرة لا يجامع مثلها اجماعا الا اذا وصفها بان قال سوداء فزوجه بيضاء أوعكسه وكذا لا يجوز لو قال من قبيلة كذا فزوجه من أخرى ثم اذا لم يصفها واختلفا في تعينها فقال الموكل هي هذه وقال الوكيل انما زوجتك هذه كان القول للزوج اذا صدقته المرأة نهر عن الخانية وقوله وقيد بامرأتين لانه لا يكون مخالفا بالواحدة ولو صغيرة لا يجامع مثلها تبعه فيه الحموي في شرحه وأقره وفيه نظر اذ المرأة في المؤنث كالرجل في المذكر لا يطلق الا على من بلغ فكيف لا يكون مخالفا بالصغيرة التي لا يجامع مثلها مع ان المسئلة مفروضة فيما اذا أمره بنكاح امرأة ويمكن ان يقال عدم المخالفة بالصغيرة بالنسبة لما اذا كان مأمورا بنكاح واحدة بان لم يكن الآمر قد تعرض لذكر المرأة أصلا بل اقتصر على ذكر الواحدة (قوله لا بامة ولو مكاتبة) أوام ولد بشرط ان لا تكون للوكيل للتهمة (قوله وعندهما لا يجوز) وعلى قولهما الفتوى نهر عن الطحاوي لان المطلق ينصرف الى المتعارف وللامام ان العرف مشترك لان الانسان يتزوج الكفء وغير الكفء طلبا للتخفيف المؤنة فلا يجوز تقييده والغاء اطلاقه وهو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل أحد لا يعجز عن التزويج بمطلق امرأة فكانت الاستعانة في التزويج بالكفء ولو زوجه الوكيل ابنته الكبيرة لا يجوز عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو زوجه باخته الكبيرة جاز بالاجماع لعدم التهمة ولو زوجه بنته الصغيرة أوبنت اخيه الصغيرة وهو وليها لم يجز زيلعي ولو زوجه امرأة قد أبانها قبل التوكيل لا يكون مخالفا الا ان يكون الموكل قد شكا اليه من سوء خلقها وكذا لو زوجه ممن آلى منها أوحلف بطلاقها ثلاثا ان تزوجها ويقع الطلاق وفيه خلاف فهما نهر (فروع) أجاز نكاح الفضولي بعد موته صح بخلاف اجازة بيعه تنوير بشرط للزوم عقد الوكيل موافقته في المهر المسمى وحكم رسول كوكيل درر وفي المنتقى أمره ان يزوجه أمة فزوجه حرة لا يجوز ولو أمره ان يزوجه مكاتبة أو مدبرة أوام ولد جاز عيني

(باب المهر)

لما فرغ من بيان ركن النكاح وشرطه وما هو في معنى الشرط شرع في بيان حكمه وهو المهر فان مهر المثل يجب بالعقد فكان حكما له نهر عن العناية الا قوله وما هو في معنى الشرط قال السيد الحموي بعد عزوه لشرح ابن الحلبي قلت ولعله الكفاءة انتهى وتقدم ان شرط النكاح عام وخاص فالاول المحل القابل وهي امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي واهلية العاقد من العقل والبلوغ والحرية

والخاص

في عقدة واحدة لا يلزم الآمر واحدة منهما (لا بامة) اي لا يخالف ويجوز بان أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره عندابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يجوز وان زوجه امة نفسه لا يجوز اجماعا (باب المهر)

والخاص هو الاشهاد وانما خص في العناية مهر المثل لان حكم الشيء هو اثره الثابت به والواجب بالعقد انما هو مهر المثل لانه هو الواجب الاصلي وأما المسمى فانما اقام مقامه للتراضي به وهو اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء بشبهة ويقال له الصداق والنحلة والاجر والفريضة والصدقة والحباء وجاء في السنة تسميته بالعليقة والعقر وقد سماه الله تعالى بالابتغاء وقد جمع بعضهم اسماءه الا الصدقة في قوله

صداق ومهر نحلة وفريضة * حباء وأجر ثم عقر علائق

وفتح صاد الصداق أفصح من كسرها عند ثعلب وعند الفراء والاخفش الكسر أفصح نهر (قوله صح النكاح بلا ذكره) لان النكاح عقد انضمام وازدواج فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا حموي عن ابن الكمال ومنه يعلم ان المصنف لو قال صح النكاح بلا تسميته وبنفيه كما في الدرر لكان أولى (قوله وقال مالك لا يصح) قول شاذ كما في الاكمل والظاهر من كلام الزيلعي والعيني انه لا خلاف للامام مالك في صحة النكاح بلا ذكر المهر كذا ذكره شيخنا ونص عبارة الزيلعي وقال مالك لا يصح النكاح مع نفي المهر اعتبارا بالبيع وقال بعض الشافعية ان تزوجها بلا مهر في الحال ولا في الثاني لا يصح النكاح لانها تصير كالموهوبة ولنا ان المقصود في النكاح التوالد والازدواج دون المال فلا يشترط فيه ذكره بخلاف البيع ولان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فكذا بشرط ترك المهر اه (قوله عشرة دراهم) وزن سبعة مثاقيل كل درهم أربعة عشر قيراطا شرنبلالية ولا فرق بين الدين والعين حتى لو تزوجها على عشرة له على زيد صح وتأخذها من أيهما شاءت فلو اتبعت المديون أجبر الزوج على ان يوكلها بالقبض منه ولو على الالف التي له على فلان الى سنة فاتبعت الزوج أخذته بالمال الى سنة وكذا لو كانت مؤجلة باجل مجهول كالحصاد وهو الصحيح ولو كسدت الدراهم قبل القبض كان على الزوج قيمتها يوم الكساد لا قبله في المختار وغير الدراهم يقوم مقامها باعتبار القيمة وقت العقد في ظاهر الرواية حتى لو تزوجها على ثوب أو مكيل او موزون قيمته يوم العقد عشرة فصارت يوم القبض أقل ليس لها الرد وفي العكس لها ما نقص قال في المحيط ولو صارت أكثر وقد طلقها قبل الدخول بعدما استهلكته ردت نصف قيمته يوم القبض لانه انما دخل في ضمانها بالقبض بحر ونهر وقوله وغير الدراهم يقوم مقامها باعتبار القيمة بشرط ان يكون ذو القيمة مالا لا منفعة لان المنفعة لا تصلح مطلقا وان صلحت في بعض الصور حموي عن البرجندي وقوله وان صلحت في بعض الصور كمنافع الاعيان فان تسميتها يصح كسكنى داره او ركوب دابته حيث علمت المدة والمراد بالمنفعة التي لا تصلح هي ما لو تزوجها على خدمته اياها اذا كان حرا أو على تعليم القرآن وما أشبه ذلك وتقييده في المحيط بالاستهلاك للاحتراز عما لو كان باقيا لم تستهلكه فظاهر التقييد اعتبار قيمته يوم الطلاق لا يوم القبض لكن هل له ان يأخذه منها كرها ليعطيها نصف قيمته أو ليس له ذلك حتى لو اعطته نصف قيمته يجبر على القبول لم أره والذي يظهر هو الثاني لانها ملكته ولهذا ينفذ تصرفاتها فيه بعد الطلاق من عتق وغيره كما سيأتي ولا كلام انه ان كان يقبل القسمة من غير تعييب كالمكيل والموزون كان له بالطلاق قبل الدخول نصف عينه فان قلت سيأتي ما ظاهره يقتضي ان للزوج أخذه منها ليعطيها نصف قيمته وانه يقضى عليها اذا امتنعت حيث لا مانع من ذلك بان لم تتصرف فيه بعتق ونحوه الا ترى الى ما سيأتي في شرح قول المصنف وبالطلاق قبل الوطء يتنصف حيث ذكروا ان المهر اذا كان مسلما لها لا يبطل ملكها فيه بالطلاق قبل الدخول بل يتوقف على القضاء أو الرضا فهذا يقتضي أنه يقضى عليها بتسليمه للزوج وترجع عليه بنصف قيمته قلت ليس المراد من ان ملكها فيه يبطل بالقضاء أي في كله ليلزم ما ذكر بل في نصفه فقط كما أفصح عنه في البحر حيث قال وظاهر قوله يتنصف ان النصف يعود الى ملك الزوج وفيه تفصيل فان كان المهر غير مسلم عاد الى ملك الزوج نصفه بمجرد الطلاق وان كان مقبوضا لها فانه لا يبطل ملك المرأة في النصف الا بقضاء أو رضا الخ فهو بالقضاء على الزوجة في نصفه يكون مشتركا بينهما شركة

(صح النكاح بلا ذكره) (وقال مالك لا يصح) (وقوله عشرة دراهم) مطلقا سواء كانت

ملك فتدبر واعلم انه لا فرق في مسئلة المحيط بين الهلاك والاستهلاك وتقييده بالاستهلاك ليعلم الحكم في الهلاك بالاولى لانها اذا لم تؤاخذ بما زاد في قيمته بعد القبض في الاستهلاك ففي الهلاك بالاولى (قوله مضروبة الخ) حتى يجوز وزن عشرة تبرا وان كانت قيمته أقل بخلاف نصاب السرقة عيني حيث يشترط فيه ان تبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة (قوله أو غيرها) ولو دينارا أو عرضا قيمته عشرة دراهم يوم العقد أما في ضمانها بطلاق قبل الوطء فيوم القبض در وعزوه للنهر في كلام بعضهم غير صحيح (قوله وقال الشافعي ما جاز ان يكون ثمنا الخ) لانه عقد معاوضة فيكون تقديره الى المتعاقدين كالبيع والاجارة واعتباره بالاجارة أشبه لكون المهر بدل المنفعة ولنا قوله عليه السلام لا مهر اقل من عشرة دراهم رواه الدارقطني وفيه مبشر بن عبيد وحجاج بن ارطاة وهما ضعيفان عند المحدثين لكن البيهقي رواه من طرق وضعفها في سننه الكبيرة والضعيف اذا روى من طرق يصير حسنا فيحتج به ذكره النواوي في شرح المهذب زيلعي (قوله فان سماها أو دونها فلها عشرة) يستثنى من ذلك ما اذا زوج امته من عبده باقل من عشرة دراهم حيث لا تجب بل لا يجب شيء أصلا لانه لا فائدة في ايجابه وقيل تجب ثم تسقط حموي عن البرجندي (قوله بالوطء) وسيأتي ان الخلوة كالوطء فحاصله ان المهر يجب بالعقد ويتأكد باحدى ثلاث وينبغي ان يزاد رابع وهو وجوب العدة عليها منه كما لو طلقها بائنا بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا في العدة وجب كمال المهر الثاني بدون الخلوة والدخول لان وجوب العدة عليها فوق الخلوة وينبغي ان يزاد خامس وهو ما لو ازال بكارتها بحجر ونحوه فان لها كمال المهر بخلاف ما اذا ازالها بدفعه فانه يجب النصف لو طلقها قبل الدخول ولو دفعها أجنبي فزالت بكارتها وطلقت قبل الدخول، وجب نصف المسمى على الزوج وعلى الاجنبي نصف صداق مثلها بحر ولو أبدل المصنف قوله بالوطء بقوله عند الوطء كما في الدرر والتنوير لكان أولى لما علمت من ان وجوب المهر بالعقد والوطء ونحوه يؤكد لزوم تمامه وعن هذا ذكر في الشرنبلالية ان الباء للمصاحبة لا للسببية انتهى والعجب من صاحب الدرر حيث عدل عن التعبير بالباء لهذه النكتة ثم جعل قوله عند الوطء متعلقا بالوجوب فقد وقع فيما منه فر واعلم ان قوله في البحر وينبغي ان يزاد خامس الخ محمول على ما اذا حصل ذلك قبل الخلوة الصحيحة بقي ان يقال لم يذكر صاحب البحر ان التقييد بالطلاق قبل الدخول فيما لو دفعها أجنبي فزالت بكارتها هل هو قيد اتفاقي فلا يجب على ذلك الاجنبي الا نصف صداق المثل مطلقا طلقها الزوج قبل الدخول ام لا أو هو احترازي قلت ذكر في النهر ان صداق المثل يجب على الاجنبي كاملا فيما اذا لم يطلقها الزوج قبل الدخول لكن على وجه البحث لا على انه منقول المذهب كما في الدر خلافا لما يتوهم من كلام بعضهم (قوله أو الموت) لانه ينتهي به النكاح والشيء بانتهائه يتقرر بجميع مواجبه وحكم النكاح الفاسد في هذا حكم الصحيح نهر وتبعه السيد الحموي في مسودة شرحه بخطه وجرى عليه بعضهم وفيه نظر لما سيأتي في المتن من هذا الباب من قوله وفي النكاح الفاسد انما يجب مهر المثل بالوطء (قوله وبالطلاق الخ) لا يصح ان تكون الباء للسببية لما قلنا ان وجوب المهر بالعقد فهي للمصاحبة شرنبلالية وذكر شيخنا ان ذلك لا يصلح مانعا من جعلها للسببية ولو اختلفا في الدخول وعدمه فالقول لها نهر عن القنية (قوله تتنصف) معنى تنصفها استحقاق الزوج النصف منها الا انه يعود الى ملكه كما فهمه في البحر فلا يرد ان هذا اذا لم يكن مقبوضا فان كان لم يبطل ملكها منه الا بالقضاء أو الرضا ولهذا نفذ تصرفها فيه بعد الطلاق من عتق أو بيع أو هبة وكان عليها نصف قيمته للزوج يوم القبض نهر ولا يخفى ان المراد من قوله فان كان لم يبطل ملكها منه الا بالقضاء الخ أي لم يبطل ملكها منه في نصفه الا بالقضاء كما سبق وحيث كان معنى التنصيف استحقاق النصف أعم من ان يكون النصف المستحق بالطلاق قبل الدخول نصف عينه أو قيمته يستغني عما ذكر في البحر من تقييده بان لا يكون مقبوضا لها ويبقى كلامه على اطلاقه (قوله تتنصف العشرة) وهو أولى من جعله في البحر الضمير في تتنصف عائدا الى المسمى بناء على ان الفعل بالباء لانه لو سمى ما دونها لا يتنصف المسمى فقط لما في المبسوط وغيره تزوجها على ثوب

قوله مبشر كذا في النسخ والذي رأيته في نسخة صحيحة من الزيلعي مبسر بالسين المهملة فليحرر اه بحراوي

مضروبة او غير مضروبة وقال الشافعي ما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون مهرا (فان سماها) اي العشرة (او دونها) كثمانية دراهم مثلا (فلها عشرة) دراهم (بالوطء او الموت) متعلقا بو ... ان كان موت الزوج او الزوجة (وبالطلاق قبل الوطء) والخلوة (تتنصف) العشرة فيجب خمسة دراهم عند الثلاثة مطلقا

قيمته خمسة وطلقها قبل الدخول كان لها نصف الثوب ودرهمان ونصف وما فى الخلاصة لو تزوجها على أقل من العشرة أو ثوب قيمته أقل من عشرة كان لها نصف المسمى عند الطلاق قبل الدخول محمول على هذا نهر (قوله سواء سماها اى العشرة أو دونها) وكذلك يتنصف كل ما سمى مهرا فوق العشرة ولم يذكر ما اذا سمى أكثر لان حكمه يعرف بمعرفة العشرة حموى عن الزيلعى (قوله وعند زفر تجب المتعة) اذا سمى أقل منها لان المسمى لا يصلح مهرا فصار كعدمه قلنا فساد هذه التسمية لحق الشرع ولان العشرة لا تتجزأ حقا للشرع وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله زيلعى (قوله وان لم يسمه) أو سمى مجهولا لم يذكر معه معلوما كدراهم أما لو تزوجها على دينار وشئ كان لها الدينار فقط وعم كلامه ما لو تزوجها على ألف على ان ترد عليه ألفا أو على ان تبرئه منها فقبلت وما لو سمى ما لا يصلح مهرا كتأخير الدين عنها والتأخير باطل أو على ما وجب له عليها من القصاص ويكون عفوا نهر (قوله فلها مهر مثلها ان وطئ) ولو حكما حتى يجب بالخلوة (قوله سواء كان الموت قبل الدخول أو بعده) لما سبق من ان النكاح بالموت ينتهى واعلم انهما اذا ماتا جميعا فعند أبى حنيفة لا يقضى بشئ وعندهما يقضى بمهر المثل قال السرخسى فى المبسوط انما لا يقضى بمهر المثل عند أبى حنيفة بعد موتهما اذا تقادم العهد بحيث يتعذر على القاضى الوقوف على مهر مثلها أما اذا لم يتقادم العهد فيقضى بمهر المثل عنده أيضا حموى عن البرجندى (قوله وقال الشافعى لا يجب شئ) لان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا حديث علقمة ان ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض ولم يمس حتى مات فقال أقول فيها برأيى فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمنى ومن الشيطان أرى لها مهر امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعى فقال اشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق كما قضيت وقولهم ان المهر خالص حقها الخ ممنوع بل فيه حق الله الى العشرة وحق الاولياء الى مهر المثل وليس لها ان تمنع الوجوب لتضمنه ابطال حق الغير ولها ان تبرئه بعد الوجوب لانه خالص حقها فى حالة البقاء زيلعى أى لان مهر المثل حق المرأة فى حالة البقاء شيخنا عن الوانى وبروع بكسر الباء الموحدة وسكون الراء وفتح الواو وبعدها عين مهملة هو المشهور وقيل بفتح الباء وصوب وفى المغرب بفتح الباء والكسر خطأ وفى الصحاح أصحاب الحديث يقولونه بكسر الباء والصواب الفتح شيخنا (قوله والمتعة ان طلقها) قبل الوطء أو فارقها بايلاء أو لعان أو جب أو عنة أو ردة أو اباء منه أو تقبيل ابنتها أو امها بشهوة بخلاف ما لو فارقته بخيار بلوغ أو عتق أو عدم كفاءة أو ارضاع أو تقبيل ابنه بشهوة حيث تسقط المتعة وكذا لو اشترى منكوحته من مولاها لمشاركة المولى الزوج فى سبب السقوط نهر وصورتها تزوج امة غيره بلا تسمية أو نفاه ثم اشتراها قبل الوطء أو الخلوة لا متعة لها لان المولى بالبيع ساعده فى سبب السقوط وكذا لا متعة لها لو فسخ الصغير النكاح بخيار البلوغ بعد بلوغه وقد زوجه فى صغره غير الاب والجد لانه بمنزلة نكاح الفضولى قال فى الاختيار وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج ولا مهر عليه الا هذه شيخنا عن الحلبى (قوله قبل الوطء) أراد به ما يعم الحكمى بان لم يخل بها بلا مانع (قوله والمسئلة بحالها) يعنى به ما سبق من قوله وان لم يسمه او نفاه وكذا لو لم يسم لها مهرا ثم تراضيا على مهر فان لها المتعة عندهما خلافا لابى يوسف حموى عن البرجندى (قوله بالنص) أى لا بالقياس لان الاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره ومقتضاه وجوب جميع المهر لا سيما اذا كان بعد عرض نفسها عليه كالمشترى اذا أتلف المبيع فى يد البائع وفيه أيضا عود المعقود عليه وهو البضع اليها سالما ومقتضاه ان لا يجب لها عليه شئ لا سيما اذا كان بسؤالها كالتقايل فى البيع فتعارضا فرجعنا للنص وهو قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة الآية وفى هذا المقام كلام يعلم بمراجعة الزيلعى (قوله فى المفروض عند العقد) اى التنصيف ثبت بالنص فى المفروض عند العقد لمعنى على خلاف القياس وما ثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه كما فى الكافى ثم قال ولان المسمى

سواء سماها اى العشرة أو دونها وعند زفر تجب المتعة اذا سمى أقل منها وأما اذا سمى العشرة فتجب خمسة عنده أيضا (وان لم يسمه أو نفاه) بان تزوج على ان لا مهر لها (فلها مهر مثلها ان وطئ أو مات عنها) أو ماتت عنه مطلقا سواء كان الموت قبل الدخول أو بعده وقال الشافعى لا يجب شئ فى الموت قبل الدخول وان دخل بها يجب المهر عند أكثر أصحابه وقال مالك اذا نفاه لا يصح (و) لها (المتعة ان طلقها قبل الوطء) والمسئلة بحالها فان قيل ينبغى ان يتنصف مهر المثل كالمسمى قلنا التنصيف ثبت بالنص فى المفروض عند العقد

معلوم يمكن تنصيفه ومهر المثل مجهول لا يمكن تنصيفه انتهى وفيه نظر لانه ان كان مجهولا فكيف يحكم به وان كان معلوما فيمكن تنصيفه كما يحكم بكله على الزوج حموي فالاولى الاقتصار في الجواب على التوجيه الاول (قوله وهذا ليس بمفروض عنده) يعني فلا يتنصف وهذا بالنسبة لمذهب الامام ومحمد فلا ينافي ما سيأتي في كلام الشارح من ان المفروض بعد العقد يتنصف عند أبي يوسف وحينئذ فلا اشكال كما توهمه الحموي ثم اعلم ان خلاف أبي يوسف في المفروض بعد العقد قبل الطلاق وأما اذا وقع الطلاق قبل الفرض فلا خلاف لابي يوسف في عدم التنصيف كما يستفاد من كلامهم ويشير الى ذلك قول الشارح فيما سيجيء وعند أبي يوسف نصف هذا المفروض (قوله من كسوة مثلها) فيه اشارة الى انه يعتبر حالها وهو المفتى به وقوله على قدر الخ يشير الى اعتبار حاله وكأنه جمعهما اشارة الى اعتبار حالهما قال الزيلعي وهو الاشبه بالفقه لكن يعكر عليه قوله والصحيح انه يعتبر حاله حموي قلت فتحصل من هذا ان في المسئلة ثلاثة أقوال كل منها مرجح واعلم ان كلام الشيخ أكمل الدين يقتضي اعتبار حالها حيث قال والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها درع وملحفة وخمار فان كانت من السفلة فمن الكرباس أو وسطا فمن القزوان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم وهذا التقدير أي تقدير العدد يروى عن عائشة وابن عباس وذلك لان المرأة تصلي في ثلاثة أثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعتها ذلك أه (قوله وهي درع) في الصحاح درع المرأة قميصها وهو مذكر حموي (قوله وخمار) الخمار ما تغطي به رأسها والملحفة الملاءة وهي ما تلتحف به المرأة شرنبلالية وفي النهر الملحفة بكسر الميم ما تلتحف به المرأة من قرنها الى قدمها انتهى (قوله أي الجلباب) الجلباب ثوب أوسع من الخمار ودون الرداء حموي عن المغرب (قوله فيزاد على هذا ازار) كذا في الدراية ولا يخفى اغناء الملحفة عن الازار اذهي بهذا التفسير ازار الا ان يتعارف تغايرهما كما في مكة المشرفة نهر (قوله ومكعب) المكعب وزان مقود المداس لا يبلغ الكعبين وهو غير عربي حموي عن المصباح (قوله والصحيح انه يعتبر حاله) عملا بالنص وهو قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم المتعة لا تزاد على نصف مهر مثلها لو الزوج غنيا ولا تنقص عن خمسة دراهم لو فقيرا در ولو أعطاها قيمتها تجبر على القبول نهر عن البدائع (قوله وقال مالك هي مستحبة) صريح في صحة العقد عند الامام مالك حال ترك التسمية فهو نا يدلما قدمناه عن الاكمل من ان عزو عدم الصحة للامام مالك قول شاذ وحينئذ فاستشكال السيد الحموي بقوله كيف هذا مع ان الشارح قدم ان النكاح لا يصح عنده ساقط على انه قد سبق لنا عن الزيلعي ما يستفاد منه التوفيق بان يقال ما ذكره سابقا من عدم صحة النكاح عنده يحمل على ما اذا شرط فيه نفي المهر وما ذكره هنا مما يقتضي الصحة يحمل على ما اذا وقع العقد بدون تسمية (قوله وما فرض بعد العقد) يعني الخالي عن المهر أو زيد لا يتنصف أما الاول فلان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته لا فرق في ذلك الفرض بين ان يكون بتراضيهما أو بفرض القاضي لان لها ان تطالبه عند القاضي بان يفرض لها مهرا اذا لم يكن فرض عند العقد وأما الثاني فانما لا يتنصف لاختصاص التنصيف بالمفروض في العقد للنص المقيد بالعادة نهر (قوله ثم تراضيا على تسمية) او فرضها القاضي كما سبق (قوله وعند ابي يوسف والشافعي نصف هذا المفروض) أي ثم رجع ابو يوسف عنه كما في الزيلعي ونصه وكان ابو يوسف اولا يقول يتنصف المفروض بعد العقد لانه مفروض فيتنصف بالنص وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا ما سبق من ان هذا المفروض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وهو لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما في الفرض الموجود عند العقد وهو المتعارف بين الناس (قوله لزمته الزيادة) سواء كانت من جنس المهر اولا من زوج او ولي بشرط ان تكون معلومة القدر وان تقبل في المجلس على الاصح كما في الظهيرية او وليها لو صغيرة وفي اشتراط بقاء المهر في ذمته وبقائها في عصمته خلاف واستظهر في النهر عدم جوازها بعد الموت والبينونة ومن ثم جزم في المعراج وغيره باشتراط بقاء الزوجية ولو جدد النكاح بزيادة الف قيل على قول الامام والثاني لا يلزمه

الالف

وهذا ليس بمفروض عنده والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها على قدر فقر الرجل ويساره (وهي درع) أي قميص (وخمار) أي مقنعة (وملحفة) أي الجلباب قالوا هذا في ديارهم وأما في ديارنا فينبغي ان يجب أكثر من ذلك فيزاد على هذا ازار ومكعب وكان الكرخي يقول المعتبر في المتعة المستحبة حال الرجل وفي المتعة الواجبة حالها والصحيح انه يعتبر حاله ثم هذه المتعة واجبة وقال مالك مستحبة (وما فرض بعد العقد او زيد لا يتنصف) أي ان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها او ماتت عنه وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعند أبي يوسف والشافعي نصف هذا المفروض (قوله او زيد) أي ان زيد في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر ويسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول أبي يوسف يتنصف

الالف الثانية وعلى قول محمد يلزمه وقيل الخلاف على العكس واستظهر فى الكافى لزوم الالفين على قول الامام وعند الثانى مهرها الاول وفى الولوالجية زوجت نفسى منك بالف فقبل بالفين ان قبلته قبل التفريق لزماه وعليه الفتوى انتهى (فرع) تواضعا سرا ان يكون المهر الفا وعقدا على الفين جهرا فالزيادة غير لازمة اتفاقا كما فى شرح المجمع من كتاب الاقرار لكن فى دعوى الاتفاق نظر لان الخلاف ثابت ولهذا قال فى الدر قبيل نكاح الرقيق المهر مهر السر وقيل العلانية ثم رأيت الحموى نقل عن المبتغى ان تصادقا على المواضعة فالمهر ما فى السر وان لم يتصادقا يؤخذ بالعلانية عند أبى حنيفة ومحمد وفى دعوى الزوج المواضعة القول قولها ان أنكرتها الا ان يقيم الزوج البينة على دعواه اه (قوله وان حطت من مهرها صح حطها ولزمه الباقى) قال شيخنا لو أبقى المتن على اطلاقه لكان أولى لما انها تملك حط الكل أيضا ولا يتوقف على القبول بخلاف الزيادة على المهر كما فى البحر وهل يرتد الحط بالرد قال فى انفع الوسائل لم أره والظاهر انه يرتد قال فى البحر وقد ظفرت به فى مداينات القنية وظاهر كلامهم انه صحيح ولو بعد الموت أو البينونة وهو مقيد بما اذا كان دينا حتى لو كان عينا لا يصح ولها اخذه مادام باقيا فلو هلك فى يده سقط وقيد بحطها لان حط أبيها يتوقف على اجازتها ولو صغيرة بطل نهر (تتمة) قالت لزوجها وهبت مهرى منك على ان كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدى صحت الهبة من غير قبول فى المختار وان قبل ان جعل أمرها بيدها فالهبة ماضية وان لم يجعل فكذلك عند البعض والمختار ان المهر يعود وعلى هذا لو قالت وهبت مهرى منك على ان لا تطلقنى قال فى البحر وهو مشكل لان تعليق الابراء بالشرط باطل انتهى وأجيب بان هذا من باب تعليق الهبة بشرط ملائم لا من باب تعليق الابراء بالشرط كما هو ظاهر قال فى البزازية وتعليق الهبة بكلمة ان باطل وبعلى ان ملائما كهبته على ان يعوضه يجوز وان مخالفا بطل الشرط وصحت الهبة اه (قوله سواء كان لرجل أو امرأة) الاصح ان مرضها لا يمنع الا اذا لحقها به ضرر وأما مرضه فمانع مطلقا لانه لا يعرى عن تكسر وفتور عادة وهو الصحيح ومنه ان يكون بفرجها شعر او قرن أو ان يكون صغير الا يجامع مثله أو صغيرة كذلك وقالوا ان كلبها مانع لا كلبه الا أن يكون عقورا وقيل كلبه غير مانع وان كان عقورا لانه لا يعتدى عليه ولا على من يمنعه عنه ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح الخلوة وقول العينى ولم تعرفه صوابه ولم يعرفها كما فى الزيلعى ويؤيده ما فى النهر ومن الموانع ان لا يعرفها حين اجتماعهما ويصدق فى انه لم يعرفها بخلاف ما اذا لم تعرفه انتهى لكن جعل الحموى عدم معرفتها انه زوجها مانعا من صحة الخلوة كعكسه وعزاه الى الملتقطات وعليه فلا تصويب واعلم ان الرتق بفتحتين هو التلاحم والقرن بالسكون عظم والعفل بفتحتين غدة كما فى الدر وقيل العفل شئ مدور يخرج من الفرج (قوله وحيض ونفاس) لكنه انما يكون كذلك عند درور الدم لا عند عدمه مع انه شرعى فيهما أيضا والظاهر أنه لا يوجد طبيعى الا وهو شرعى فلو اكتفوا بالشرعى عنه لكان أولى نهر وقول البرجندى لعل المراد بهما الحقيقى منهما وهو ما يرى فيه الدم لا الطهر المتخلل فانه مانع شرعى لا طبيعى انتهى فيه تأمل حموى (قوله وصوم فرض) اعلم انه لا خلاف فى ان اداء رمضان مانع واختلف فيما عداه من التطوع والمنذور والكفارات والقضاء والاصح انه غير مانع لعدم وجوب الكفارة بالافساد وهذا يقتضى انه لو اكل ناسيا ثم خلا بها ان تصح وعلى هذا كل ما اسقط الكفارة نهر فلو قيد بالاداء لكان أولى (قوله كالوطء) ودليله اجماع الصحابة نهر واعلم ان من فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنى بالمرأة فتزوجها وهو على بطنها فعليه مهران أحدهما بالزنا لانه سقط الحد بحر واعلم ان الخلوة الصحيحة كالوطء فى تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى فى هذه العدة وحرمة نكاح اختها واربع سواها وحرمة نكاح الامة ومراعاة وقت الطلاق فاذا قال بعد الخلوة أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر طلقة ولو كانت آيسة أو صغيرة وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى وليست كالوطء فى حق الاحصان وحرمة البنات فاذا خلا بها فطلقها قبل الوطء

(و) ان حطت من مهرها (صح حطها)
ولزمه الباقى (والخلوة) الصحيحة (بلا
مرض) احدهما مطلقا سواء كان لرجل
أو امرأة (وحيض ونفاس واحرام)
مطلقا سواء كان المحرم رجلا او امرأة
وسواء كان الاحرام بحج فرض أو نفل
أو بعمرة (و) بلا (صوم فرض)
مطلقا سواء كان رجلا او امرأة وان كان
صائما تطوعا قيل لا تصح الخلوة كالفرض
وقيل لها كل المهر وصوم القضاء
والمنذور كالتطوع فى رواية والصلاة
كالصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله
(كالوطء ولو) كان الزوج (مجبوبا) اى

لاتحرم عليه بنتها وهو الراجح نهر بشرط تجرد الخلوة عن المس بشهوة أو تقبيل كما فى عقد الفرائد ثم اعلم أن وجوب المهر المسمى بالموت أو بالخلوة الصحيحة انما هو فى النكاح الصحيح اما الفاسد فلا يجب شئ الا بالوطء حموى عن البرجندى وقد نظم صاحب النهر ماتكون الخلوة فيه قائمة مقام الوطء ومالا تكون فقال

وخلوة الزوج مثل الوطء فى صور * وغيره وبهذا العقد تحصيل
تكميل مهر واعداد كذا نسب * انفاق سكنى ومنع الاخت مقبول
واربع وكذا قالوا الاما ولقد * راعوا زمان فراق فيه ترحيل
وأوقعوا فيه تطليقا اذا لحقا * وقيل لا والصواب الاول القيل
اما المغاير فالاحصان يا أملى * ورجعة وكذا التوريث معقول
سقوط وطء واحلال لها وكذا * تحريم بنت نكاح البكر مبذول
كذلك الفئ والتكفير ما فسدت * عبادة وكذا بالغسل تكميل

وقوله سقوط وطء أى سقوط الوطء الواجب عليه مرة فى العمر لاتكون الخلوة قائمة مقامه حموى وقوله نكاح البكر الخ أى اذا ابانها بعد الخلوة تزوج كالبكر فيكتفى منها فى الاستئذان بالسكوت وأشار بقوله وكذا قالوا الاما الى حرمة نكاح الامة على الحرة فى العدة من طلاق بائن كذا ذكره نوح أفندى وهذا بالنسبة لمذهب الامام وأما عندهما فيجوز ادخال الامة على الحرة المعتدة من طلاق بائن بخلاف المنع من الاخت أو الاربع فان العدة تمنع مطلقا من غير خلاف سواء كانت عن طلاق رجعى أو بائن وقدمنا وجه الفرق للصاحبين فى فصل المحرمات واعلم أن الرجعة من الاحكام التى لم تقم الخلوة فيها مقام الوطء فلا يصير مراجعا بالخلوة واذا اختلى بها ثم طلقها لم يملك الرجعة عليها كما فى البحر (قوله أو عنينا) لان الحكم ادير على سلامة الالة وقد وجدت وقد يكون ذلك لمرض أو ضعف فى خلقته أو كبر فى سنه نهر وقوله لان الحكم ادير الخ استشكله الحموى بقوله هذا التعليل يقتضى عدم وجوب كمال المهر على المجبوب انتهى (قوله أو خصيا) أو خنثى ان ظهر حاله والا فنكاحه موقوف ومافى البحر والاشباه ليس على ظاهره در عن النهر (قوله وقال الشافعى لها نصف المهر) لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتاكد المهر دونه ولنا قوله عليه السلام من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل أو لم يدخل ولانها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها فى البدل اعتبارا بالبيع زيلعى (قوله وقالا اذا كان مجبوبا عليه نصف المهر) لانه أعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم يدار على سلامة الآلة كالخصى ولابى حنيفة ان المستحق عليها التسليم فى حق المستحق وقد أتت به ولو جاءت بولد ثبت نسبه واستحقت كمال المهر بالاتفاق قيل هذا اذا علم انه ينزل وان علم أنه لا ينزل لا يثبت النسب منه زيلعى والاول أحسن اذ علم القاضى بانه ينزل ربما يتعذر او يتعسر نهر عن الفتح (قوله وان كان معهما ثالث) ولو ضرتها بناء على كراهة وطئها بحضرتها وفى الجوارى لا يكره زيلعى (قوله ولو كان أعمى أو نائما) فى البزازية فى المجنون والمغمى عليه ان فى الليل صحت وكذا الاعمى على الاصح نهر فاذا صحت الخلوة فى الليل مع وجود الاعمى فلان تصح مع وجود النائم بالاولى وقد ظهر لى ان ماذكره الشارح من كون الاعمى والنائم يمنع يحمل على ما اذا كانت بكرا اذ لا يستوفى منها المقصود الا بعلاج يشعر به الاعمى بل يستيقظ منه النائم فلا ينافى ما فى النهر عن البزازية لحمله على الثيب (قوله أو امته) خلاف المفتى به قال فى النهر ولا تمنع جارية أحدهما فى المختار كما فى الخلاصة قال فى المنتقى وعليه الفتوى (قوله الا ان يكون صغيرا لا يعقل) أو مجنونا أو مغمى عليه والمراد بالصغير الذى لا يعقل ان لا يمكنه التعبير عما يكون بينهما نهر (قوله كالبيت والدار) مطلقا ولو بدون غلق الباب اذا كان بحيث لا يدخل عليهما أحد الا بالاذن زيلعى ولا يشترط لصحة الخلوة كونه

مقطوعا (او عنينا او خصيا) فيكون تمام
المهر واجبا وقال الشافعى لها نصف المهر
والخلوة ليست كالوطء وقالا اذا كان
مجبوبا عليه نصف المهر وان كان معهما
ثالث لا تصح الخلوة ولو كان اعمى او نائما
او امته الا ان يكون صغيرا لا يعقل
والمكان الذى تصح الخلوة فيه ان يامنا
فيه اطلاع غيرهما عليهما بلا اذنهما
كالبيت والدار بخلاف المسجد والحمام

مستقفا ولو لم تمكنه في الخلوة من الوطء ففيه اختلاف المتأخرين وقياس وجوب النفقة ان تصح الخلوة واختار الطرسوسي تفقها انها ان كانت بكرا صحت الخلوة لانها لا توطأ الا كرها وان كانت ثيبا لم تصح لعدم تسليم البضع اختيارا فكانت راضية باسقاط حقها بخلاف البكر فانها تستحق بحر ومنح ودرر ولو افترقا فقالت بعد الدخول وقال الزوج قبل الدخول فالقول لها لانكار سقوط نصف المهر ولو قال ان خلوت بك فانت طالق فخلا بها طلقت بائنا لوجود الشرط ووجب نصف المهر ولا عدة عليها تنوير وشرحه عن البزازية (قوله بخلاف المسجد والحمام) والطريق والصحراء والسطح نهر ودرر ويخالفه ما في العيني حيث صحح الخلوة في السطح قال شيخنا ويمكن الجمع بحمل كلام العيني على ما اذا كان له حيطان وحمل ما في النهر والدرر على ما اذا لم يكن انتهى ثم رأيت في البحر التصريح بطبق ما فهمه شيخنا حيث قيد عدم صحة الخلوة في السطح بما اذا لم يكن له ساتر (قوله وتجب عليها العدة فيها) سواء كانت الخلوة صحيحة أم لم تكن استحسانا لتوهم الشغل ولان العدة حق الشرع والولد فلا يصدقان في ابطال حق الغير بخلاف المهر حيث لا يجب الا اذا صحت الخلوة لانه مال فلا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي كما في العناية ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب العدة لانعدام التمكن حقيقة واختاره التمرتاشي وقاضيخان وأيده في النهر بكلام العتابي (قوله عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع الخ) يعني في النكاح الصحيح حموي عن الفتح فلو كان النكاح فاسدا لا تجب العدة الا بالوطء (قوله والمطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية) اعلم ان الزيلعي نقل عن المبسوط والمحصر استحباب المتعة للمطلقة قبل الدخول اذا سمى لها مهرا ثم نقل عن بعض مشكلات القدوري ان المتعة لها ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة قال لان نصف المهر قام في حقها مقام المتعة انتهى وليس المراد من نفي المستحب ان لا ثواب في فعله بل يثاب اتفاقا لانه احسان وبر لها وانما محل الاختلاف ان هذا المستحب حكم من أحكام الطلاق اولا بحر (قوله وقال الشافعي الخ) ظاهر كلام الشارح ان الشافعي يقول بوجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية اذ هذه هي الصورة الاخيرة في كلام الشارح وهو مخالف لكلام الزيلعي حيث قال وقال الشافعي في الجديد تجب المتعة للمدخول بها لان ما سلم لها من جميع المهر في مقابلة البضع لا في مقابلة العقد ولانه أوحشها بالطلاق فتجب دفعا للوحشة غير ان التي لم يدخل بها وقد سمى لها مهرا وجب لها نصف المهر بطريق المتعة فلا تجب لها ثانيا ولنا ان المتعة خلف عن المهر فلا تجامعه ولا شيئا منه وقوله لان ما سلم لها في مقابلة البضع لا في مقابلة العقد ممنوع بل نقول وجب كل المهر بالعقد ولهذا كان لها ان تطالبه بالجميع قبل الدخول بها وانما الدخول يتقرر به ما وجب بالعقد وهو غير جان في الايحاش لمشروعية الطلاق انتهى وقوله وهو غير جان جواب عن قوله أوحشها بالفراق وتقديره سلمنا انه أوحشها بالفراق لكنه لم يكن في الايحاش جانيا لانه فعل ما فعل باذن الشرع فلا تلحقه الغرامة بوجوب المتعة عناية (قوله في الصورة الاخيرة) يمكن ان يكون هذا بالنسبة لمذهب الشافعي في القديم فلا ينافي ما سبق عن الزيلعي (قوله الا للمفوضة قبل الوطء) اعلم ان المطلقات أربعة مطلقة لم توطأ ولم يسم لها مهرا فتجب لها المتعة ومطلقة لم توطأ وقد سمى لها مهرا وهي التي اختلف في استحباب المتعة لها ومطلقة وطئت ولم يسم لها مهرا ومطلقة وطئت وقد سمى لها مهرا فهاتان يستحب لهما المتعة فالحاصل انه اذا وطئها يستحب لها المتعة سواء سمى لها مهرا أولا لانه أوحشها بالطلاق بعد ما سلمت اليه المعقود عليه وهو البضع فيستحب ان يعطيها شيئا زائدا على الواجب وقد نظم بعض علماء اليمن المواضع التي تجب فيها المتعة أو تستحب اولا ولا في قوله

طوالق النساء صرن أربعا * واحدة يلزم ان تمتعا
من كان قبل وطئها التطليق * ولم يكن في مهرها تحقيق
ولاثنتين تستحب من ذكر * صداقها أولا اذا الوطء قدر

(وتجب) عليها (العدة فيها) أي في جميع هذه المسائل عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا (وتستحب المتعة لكل مطلقة) يريد به المطلقة بعد الدخول مطلقا سواء كان في نكاح فيه تسمية أولا والمطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية وقال الشافعي تجب المتعة في الصورة الاخيرة (الا للمفوضة قبل الوطء) أي التي طلقها قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه مهر

رابعة امتاعها لايجب * ولاله أبوالحسين يندب
وهى التى معين صداقها * وكان قبل وطئها طلاقها

حموى واشار الناظم بقوله ولاله أبوالحسين الخ الى الخلاف بين القدورى وغيره فى استحباب المتعة فى الرابعة فالقدورى يقول بأنها لاتجب ولا تستحب وغيره يقول بالاستحباب كما قدمناه واعلم ان وجه وجوب المتعة للتى لم يسم لها شئ اذا طلقت قبل الوطء هو أنها لا تأخذ شيئا وابتغاء البضع لا ينفك عن المال درر واعلم ان ماذكره المصنف من الاستثناء لايخلو عن خلل لانه يفهم منه ان المتعة تستحب لكل مطلقة الا للمفوضة فانها لا تستحب لها وليس كذلك فيكون استثناء الواجب من المستحب فلا يصح لان اسم المستحب لا يطلق على الواجب فى اصطلاحهم وان كان مستحبا وزيادة عينى وأجاب فى النهر بان الاستثناء منقطع لان الواجب خلاف جنس المستحب فى الاصطلاح فلا خلل (قوله فانه واجب) كان الظاهر التأنيث فان مرجع الضمير المتعة بقى ان الوجوب ليس مخصوصا بهذه الصورة فان المتعة تجب فى التسمية الفاسدة عند عدم الدخول كما فى الغاية وهذا اذا جاءت الفرقة من قبله اما اذا جاءت من قبلها فلا تجب ولا تستحب حموى عن الفتح (قوله والمفوضة بالكسر) ذكر ابن الهمام ان السماع وقع به ولهذا قدمه الشارح قلت ونظر فى المغرب فى الفتح ولعله من حيث عدم السماع حموى وذكر شيخنا ان وجه التنظير عزو الفتح الى البعض كما فى عبارة العينى لان الكسر والفتح فى الحرة على حد سواء فلا معنى لتخصيص البعض بالفتح (قوله وقال الشافعى يبطل العقدان) لحديث نافع عن ابن عمر انه عليه السلام نهى عن الشغار وليس بينهما صداق وعن عبدالله بن عمر لا شغار فى الاسلام ولانه جعل نصف البضع مهرا والنصف منكوحا ولا اشتراك فى هذا الباب فيبطل به الايجاب ولنا ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة الا ترى انه لا يفسد بتسمية ما ليس بمال كالدم ونحوه ولا بترك التسمية بالكلية والنهى الوارد فيه انما كان من اجل اخلائه عن تسمية المهر من غير ان يجب فيه شئ آخر على ما كانت عليه عادتهم فى الجاهلية او هو محمول على الكراهة وأما قوله جعل نصف البضع مهرا والنصف منكوحا فلا وجه له اذ لم يجتمع النكاح والصداق فى بضع واحد لعدم صلاحية البضع صداقا فلا يتصور الاشتراك مع عدم الاستحقاق بخلاف ما اذا زوّجت نفسها من رجلين حيث يبطل العقد فيه لصلاحية الاشتراك لانها تصلح منكوحة لكل واحد منهما زيلعى (قوله وأجمعوا الخ) ولهذا اعترضوا على صاحب الدرر لعدم ذكره هذا الشرط (قوله جاز النكاح ولا يكون شغارا) وان كان الحكم وجوب مهر المثل وكذا لو قال احدهما على ان يكون بضع بنتى صداقا لبنتك ولم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا فليس بشغار وان وجب مهر المثل لصحة العقد بحر (قوله وخدمة زوج حر للامهار) أى لجعلها اياها مهرا وهى لا تصلح مهرا فصح العقد ووجب مهر المثل عندهما قيد بالخدمة لانه لو تزوجها على سكنى داره او ركوب دابته او الحمل عليها او على ان تزرع ارضه ولم يشترط لنفسه شيئا من الخارج ونحو ذلك من منافع الاعيان مدة معلومة صحت التسمية لان هذه المنافع مال او الحقت به لمكان الحاجة نهر عن البدائع قال ولا بد فى زراعة ارضه ان لا يكون له شئ من الخارج اما لو تزوجها على ان تزرع ارضه بالنصف ببذرها صح وفسدت فيجعل مهرها نصف اجر مثل الارض وربعه ان طلقها قبل الدخول وان كان هو العامل ببذرها فى ارضها يجعل مهرها نصف اجر مثل عمله لا مهر المثل وعلى ان تزرع هى ببذره او هو ارضها ببذرها وجب مهر المثل انتهى عن المجمع وقوله وعلى ان تزرع هى ببذره مخالف لما فى الشرنبلالية عن البحر حيث قال والمراد بالزراعة ان تزرع ارضه ببذرها وليس له شئ من الخارج وقيل يكون الزوج خادما لانه لو تزوجها على خدمة عبده او أمته او على خدمة حر آخر صح الا اذا استدعت المخالطة بالاجنبى والانكشاف والفتنة فانها تمنع وتعطى قيمة الخدمة وبكونه حرا احترازا عما سيأتى لا فرق فيما ذكر بين الحرة والامة بل التنافى المعلل به فى الامة اقوى منه فى الحرة نعم لو تزوج امة على ان

فانه واجب والمفوضة بالكسر الحرة التى فوضت نفسها من غير مهر الى زوج وبالفتح الحرة التى زوجها وليها بلا اذنها بلا مهر أو امة زوجها مولاها بلا مهر فالحرة بالفتح والكسر والامة بالفتح فقط (ويجب مهر المثل فى الشغار) بالشين والغين المعجمتين وهو ان يزوج الرجل بنته أو اخته على ان يزوجه الآخر بنته او اخته على ان يكون بضع كل واحدة منهما صداقا للاخرى فالعقدان جائزان ويسمى نكاح الشغار لخلوه عن المهر يقال بلدة شاغرة أى خالية وقال الشافعى يبطل العقدان ولا يجب مهر وأجمعوا انه لو قال زوجتك ابنتى على ان تزوجنى ابنتك ولم يقل على ان يكون بضع كل واحدة منهما صداقا للاخرى جاز النكاح ولا يكون شغارا (و) يجب مهر المثل فى (خدمة زوج حر للامهار)

يخدم سيدها اوحرة على ان يخدم وليها ينبغي ان يصح ولم اره نهر و وجه الصحة عدم التنافي واعلم ان الواو في المخالطة بالاجنبي والانكشاف والفتنة بمعنى او (قوله للامهار زوجته) بالنصب على انه مفعول المصدر (تنبيه) قال لها اعتقتك على ان تزوجيني نفسك بعوض العتق فقبلت صح وهي بالخيار فان تزوجته فلها مهر مثلها وان ابت فعليها قيمتها ولو ام ولد قال الامام لا يجب عليها قيمتها لان رقها غير متقوم عنده شرنبلالية عن الفتح (قوله وفي تعليم القرآن) أي يجب لها مهر المثل لو تزوجها على تعليم القرآن لانه سمى ما ليس بمال زيلعي ولهذا لا يستحق الاجر عليه كالاذان والاقامة لكن سيأتي في الاجارات ان المتاخرين اختاروا جواز الاستئجار على تعليم القرآن والفقه وعليه فينبغي ان تصح تسميته والظاهر انه يلزمه تعليم كله الا اذا قامت قرينة على ارادة البعض والحفظ ليس من مفهوم التعليم بحر ونهر ودرر وخالف الشرنبلالي معللا بان التعليم خدمة لها فلا يصح تسميته يعني لمكان المناقضة كما سبق والظاهر عدم تسليم كونه خدمة لها كما لا يخفى وبفرض كونه خدمة فليس كل خدمة لا تجوز وانما تمتنع لو كانت الخدمة للتذليل كذا نقل عن الشيخ عبد الحي (قوله وقال محمد لها قيمة خدمته) لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير بخلاف تعليم القرآن ولهما ان خدمة الزوج الحر ليست بمال حقيقة اذ لا تستحق فيه بحال وانما تصير مالا للضرورة والحاجة عند استحقاق عينها والانتفاع بها فعند عدم استحقاق عينها الا ضرورة اليها فلا تجعل مالا فصارت كالخمر ونحوها فيجب مهر المثل زيلعي (قوله وقال الشافعي يجوز الخ) وجه قوله في التعليم قوله عليه السلام هل معك شيء من القرآن قال نعم فقال قد ملكتكها بما معك من القرآن ولا حجة له فيه لان معناه ببركة ما معك من القرآن فكان كتزوج أبي طلحة على اسلامه ولان في قوله تعالى فنصف ما فرضتم اشارة الى ان المسمى يشترط ان يكون مما له نصف ليمكنه الرجوع عليها بنصف المقبوض لو طلقها قبل الدخول وعلى ما قاله الشافعي لا يمكنه الرجوع عليها بشيء من المسمى اذا طلقها قبل الدخول بها ووجه قوله في الخدمة ان المنافع مال متقوم عنده ولهذا تضمن بالغصب عنده ويجوز الاعتياض عنها فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على خدمة عبده ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والمنافع ليست بمال على اصلنا حتى لا تضمن بالغصب وانما تصير مالا بالعقد للضرورة اذا احتيج اليها وأمكن تسليمها وهنا لا يمكن تسليمها لما فيه من قلب الموضوع فلا تستحق خدمته بحال فانعدمت الضرورة بخلاف خدمة العبد لانها مال لما فيه من تسليم رقبته ولانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بأمره فلا تناقض وبخلاف خدمة حر آخر لانه لا مناقضة كذا في الهداية وهذا يشير الى انه يخدمها وذكر في الغاية ان الصحيح الصحة وترجع على الزوج بقيمة الخدمة وهذا يشير الى انه لا يخدمها لانه أجنبي فلا يؤمن من الانكشاف أو هو محمول على ما اذا تزوجها على خدمته بغير رضاه ولم يجز فصار كالتزوج على عبد الغير ولم يجز مولاه حيث ترجع على الزوج بقيمة العبد زيلعي (تتمة) نكحها على رعي غنمها الاصح وجوب مهر المثل ووجه القول بالصحة ان الرعي لم يتمحض خدمة لها اذ العادة اشتراك الزوجين في القيام بمصالح مالهما فليس من باب خدمة الزوج زوجته الاترى ان الابن اذا استأجر أباه للخدمة لا يجوز ولو للرعي صح شرنبلالية (قوله ولو قبضت الف المهر) الالف مذكر لا يجوز تأنيثه فيقال هو الف وخمسة آلاف والتأنيث في قولهم هذه ألف درهم لمعنى الدراهم لا لمعنى الالف مصباح (قوله رجع الزوج عليها بالنصف) لانه يجب عليها ان ترد نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ولم يصل اليه بالهبة عين ما يستحقه لان الدراهم لا تتعين في العقد فكذا في الفسخ لان الفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا في الذمة لعدم تعينها زيلعي فلو كان معينا فهو كالعروض وليس لها رد ما كان معينا ولم تره بخيار رؤية ويثبت فيه خيار العيب فلها رده بالعيب الفاحش وترجع بقيمته صحيحا شرنبلالية عن الفتح ولو ابدل صحيحا بسليما لكان اولى واختلفوا في التبر والنقرة من الذهب والفضة ففي رواية كالعروض وفي اخرى كالمضروب نهر (قوله فان لم تقبض المرأة الالف ووهبتها) تصريح

زوجتــه (و) في (تعليم القرآن)
للامهار) زوجته وقال محمد لها قيمة
خدمته وقال الشافعي يجوز ان يكون
مهرها تلك الخدمة وتعليم القرآن (ولها
خدمته لو عبدا) اي ان تزوج عبد
باذن مولاه على خدمته سنة صح ولها
خدمته (ولو) تزوج امرأة على الف المهر
(وقبضت الف المهر ووهبت) المرأة (قبل
و المقبوض لها (له فطلقت)
الوطء رجع) الزوج (عليها بالنصف)
أي بخمسمائة (فان لم تقبض) المرأة
(الالف) ووهبتها (او قبضت النصف
ووهبت الالف)

بمفهوم قوله قبضت الالف وقول المصنف ووهبت الالف بعد قوله او قبضت النصف يعود الى المسئلتين ومعنى هبة الالف بعد قبض النصف انها وهبت له المقبوض وغيره نهر (قوله او ووهبت الباقى) فى ذمة الزوج (قوله او ووهبت العرض المهر) معينا كان او فى الذمة فهو تصريح بمفهوم التقييد بالالف (قوله مطلقا سواء كان نصفه او كله) فيه ان قول المصنف او ووهبت العرض لا يشمل هبة نصفه بل يشمل مالو كان معينا اولم يكن فلو فسر الاطلاق بالمعين وغيره وابدل قوله سواء كان الخ بقوله وكذا لو وهبت نصف العرض لكان صوابا (قوله وهو خلاف النقد) أى العرض خلاف النقد (قوله لم يرجع عليها بشئ) أما فى الاولى فلانه سلم له عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلا يستوجب عليها شيئا آخر غايته ان هذه السلامة حصلت بسبب آخر غير الطلاق ولا يبالى باختلاف السبب عند سلامة المقصود وكذا لو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كله المقبوض وغيره او وهبت الباقى فى ذمة الزوج ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشئ أيضا اذ وصل اليه عين ما يستحقه كما مر وكذا لو تزوجها على ما يتعين بالتعين كالعرض فوهبت له نصفه أو كله قبضته اولا ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشئ لان حقه سلامة نصف المقبوض بلا عوض من جهتها بالطلاق قبل الدخول وقد وصل اليه لانه مما يتعين فكان الموهوب عين المهر فسلم له مقصوده فلا يرجع بشئ درر واعلم ان عدم الرجوع عليها بشئ فى مسئلة العرض مقيد بما اذا لم يتعيب عندها حتى لو تعيب عندها فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول يستحق عليها نصف قيمة العرض يوم القبض لانه لما تعيب عيبا فاحشا امتنع الرد وبطل استحقاقه العين فصار كانها وهبته عينا آخر غير المهر زيلعى (قوله وهو القياس) لانه برئت ذمته بالابراء او الهبة ولم يبرأ بالطلاق قبل الدخول فيرجع عليها بما يستحق لان اختلاف السبب بمنزلة اختلاف العين فكانها وهبته عينا اخرى غير المهر وجه الاستحسان كما سبق انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته من نصف المهر فلا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود زيلعى (قوله وقالا فى الثانية يرجع بنصف ما قبضت) لانها لو قبضت الكل رجع بنصفه فاذا قبضت النصف رجع بنصف المقبوض اعتبارا للجزء بالكل وللامام ان مقصود الزوج بالطلاق قبل الدخول سلامة نصف المهر بغير عوض وقد حصل (قوله فعنده يرجع عليها بمائة) أى عند أبى حنيفة كما فى الزيلعى فلو أتى الشارح بالظاهر موضع الضمير لكان اولى دفعا لايهام عود الضمير لزفر وعبارة الزيلعى نصها ولو وهبت اقل من النصف وقبضت الباقى يرجع عليها الى تمام النصف عند أبى حنيفة الخ (قوله ولو قبضت أقل من النصف) يعنى ووهبت له الباقى وهذه كما فى النهر علمت بالاولى ووجه الاولوية انه اذا لم يرجع عليها اذا قبضت نصف المهر عنده فبالاولى ان لا يرجع عنده اذا قبضت أقل من النصف (قوله وعندهما يرجع عليها بمائة) لانها نصف المقبوض (قوله على ان لا يخرجها الخ) حاصله شرط ما فيه منفعة لها اولابيها أو لذى رحم محرم منها لكن لابد ان يكون مما يحل الانتفاع به فلو كان مما لا يحل كالخمر ونحوه فان كان المسمى عشرة فصاعدا وجبت لها وبطل الحرام والا كمل مهر المثل لها اما لو شرطت تلك المنفعة لاجنبى نحو ان يقول على ان يعتق ولده ولم يوف فليس لها الا المسمى كذا فى المحيط وبه عرف انه لو شرط ما يضرها كالتزوج عليها فليس لها الا المسمى بالاولى وقيدوا المسئلة فى طلاق الضرة وعتق الاخ بالمضارع لانه لو كان بالمصدر طلقت رجعيا وعتق بقبول النكاح فان قال عنها كان الولاء لها نهر ويوضحه ما فى البحر حيث قال ولابد ان يكون بصيغة المضارع فى العتق والطلاق ليكون وعدا ان وفى به فبها والا لا يلزمه الاعتاق والتطليق ويكمل لها مهر المثل اما اذا شرطه بالمصدر كما اذا تزوجها على الف وعتق اخيها اوطلاق ضرتها عتق الاخ وطلقت الضرة بنفس النكاح ولا يتوقف على ان يوقعهما وللمرأة المسمى فقط الخ (قوله او على الفان اقام الخ) حاصله انه سمى لها مهرا على تقدير ومهرا على تقدير آخر وتقديم الالف غير شرط بل كذلك لو قدم الالفين نهر (قوله فان وفى وأقام) فان قلت

او وهبت الباقى (او وهبت العرض المهر قبل القبض او بعده) مطلقا سواء كان نصفه او كله وهو خلاف النقد كالثوب والحيوان (فطلقت) فى هذه الصور (قبل الوطء لم يرجع عليها بشئ) عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال زفر رحمه الله فى الاولى بنصفه وفى الثالثة يرجع بنصف قيمته وهو القياس وقالا فى الثانية يرجع بنصف ما قبضت وهو مائتان وخمسون ولو قبضت اكثر من النصف بأن قبضت ستمائة ووهبت له الباقى ثم طلقها قبل الدخول بها فعنده يرجع عليها بمائة وعندهما بثلاثمائة ولو قبضت أقل من النصف بأن قبضت مائتين مثلا لا يرجع عليها بشئ عنده وعندهما يرجع عليها بمائة (ولو نكحها بألف على ان لا يخرجها) من البلدة (او على ان لا يتزوج عليها) امرأة اخرى (او على الف ان اقام بها او على الفين ان اخرجها) من البلدة (فان وفى) بالشرط

كان على المصنف ان يقتصر على قوله فان وفى لانه شامل للمسائل الثلاثة اذ الاقامة بالبصرة شرط أيضا قلت لا استدراك لان الاقامة بالبصرة وان كانت شرطا لوجوب الالف فالاخراج منها شرط لوجوب الالفين فلو اقتصر على قوله فان وفى لم يعلم أى الشرطين اراد من الاقامة والاخراج ابن يونس وأقول قوله لم يعلم ممنوع بل هو معلوم من قوله فلها الالف لان لها فى شرط الاخراج الالفين حموى (قوله فلم يتزوج عليها أخرى) كان عليه ان يقول فلم يخرجها ولم يتزوج عليها حموى (قوله فلها الالف والا فمهر المثل) اما الالف فى صورة الوفاء فلان المسمى صلح للمهر وقد تم رضاها به وأما مهر المثل فى عدمه فلانه سمى مالها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف كذا ضبط شيخنا (قوله أى وان لم يوف ولم يقم) أى لم يوف فى الصورة الاولى ولم يقم فى الثانية (قوله فمهر المثل) ولو طلقها قبل الدخول كان لها نصف المسمى سواء وفى بشرطه أم لا لان مهر المثل لا يتنصف شرنبلالية عن البحر وفيه ما لا يخفى لاحتمال ان يراد بالمسمى الالف أو الالفان مع ان عبارة البحر نصها فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف لان ما زاد على الالف يثبت على اعتبار مهر المثل ومهر المثل لا يتنصف اه (قوله فى الصورة الاخيرة) مقتضى التقييد بالصورة الاخيرة ان مهر المثل لها عند عدم الوفاء بالشرط فيما عدا هذه الصورة يجب بالغا ما بلغ والى ذلك يشير كلام الزيلعى أيضا واعلم ان الخلاف فى الصورة الاخيرة فعند أبى حنيفة الشرط الاول صحيح دون الثانى ولا خلاف بين ائمتنا فى المسئلة الاولى والثانية شيخنا عن عزمى زاده قال فى التبيين لابى حنيفة ان احدى التسميتين منجزة والاخرى معلقة فلا يجتمع فى الحال تسميتان فاذا اخرجها فقد اجتمعا فيفسدان لان المعلق لا يوجد قبل وجود شرطه والمنجز لا ينعدم لوجود المعلق فيتحقق الاجتماع عند وجود الشرط لا قبله وتمامه سيجىء فى الاجارة فى قوله ان خطه اليوم فبدرهم الخ (قوله وعندهما يجب الفان) لجواز الشرطين عندهما قياسا على ما لو تزوجها على الف ان كانت قبيحة والفين ان كانت جميلة وفرق الدبوسى وغيره بانه انما صح الشرطان فى هذه الصورة بالاتفاق لانه لا خطر فى التسمية الثانية لان أحد الوصفين ثابت فى نفس الامر جزما غير ان الزوج يجهله وجهالته لا توجب خطرا بالنسبة الى الوقوع وعدمه ورده الزيلعى بانه يقتضى ثبوت الصحة اتفاقا فيما لو تزوجها بالف ان لم تكن حرة الاصل أو ليست له امرأة وبالفين ان كانت حرة الاصل أو له امرأة لكن الخلاف منقول فيه قال فى الفتح والاولى ان تجعل مسئلة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص فى نوادر ابن سماعة على الخلاف فيها وجزم فى البحر بضعف هذا الخلاف وفرق بان الجهالة فى القبح والجمال يسيرة لمشاهدته فنزل منزلة العدم وفى غيره متفاحشة لعدم المشاهدة فكان فيها مخاطرة (فائدة) الخطر بالتحريك الاشراف على الهلاك والمراد به هنا تعليق النكاح بامر متردد بين الوقوع وعدمه نوح أفندى (تتمة) ردد فى المهر بين القلة والكثرة للثيوبة والبكارة فان كانت ثيبا لزمه الاقل والا فمهر المثل لا يزاد على الاكثر ولا ينقص عن الاقل عند أبى حنيفة شرنبلالية عن الكمال وقياس مذهب الصاحبين صحة التسميتين (قوله وعند زفر الشرطان فاسدان الخ) لانه ذكر للبضع بدلين على سبيل البدل لا على سبيل الاجتماع فيكون مجهولا فيفسد كما اذا تزوجها على الف أو الفين زيلعى (قوله ولو نكحها على هذا العبد الخ) حاصله انه سمى شيئين مختلفى القيمة اتحد الجنس او اختلف نهر (قوله حكم مهر المثل) على صيغة المجهول أى حكمه القاضى أى جعله حكما نوح أفندى هذا اذا لم يشرط الخيار لها لتأخذ ايا شاءت أو له على ان يعطى أيا شاء فان شرطه صح اتفاقا لانتفاء المنازعة شرنبلالية عن الفتح (قوله وقالا لها الاوكس فى ذلك كله) منشأ الخلاف ان البدل الاصلى عندهما هو المسمى ولا يصار الى مهر المثل الا اذا فسدت التسمية من كل وجه ولم يمكن ايجاب المسمى وقد امكن هنا ايجاب الاوكس لانه المتيقن فلا تفسد التسمية وصار كالخلع والاعتاق على مال والاقارير وعند أبى حنيفة الموجب الاصلى هو مهر المثل بدليل انه يجب بنفس العقد من غير تسمية وهذا لان قيمة البضع كالقيمة فى المبيع اذ البضع متقوم حالة الدخول فى الملك فلا يعدل عنه

فلم يتزوج عليها اخرى (وأقام)
بها (فلها الالف والا) أى وان لم يوف
ولم يقم (فمهر المثل) لا يزاد على الالفين
فى الصورة الاخيرة لانها رضيت بهما
ولا ينقص عن الالف لانه رضى به
وعندهما يجب الفان وعند زفر
الشرطان فاسدان ويكون لها مهر
مثلها لا ينقص منه ولا يزاد عليهما
(ولو نكحها على هذا العبد) الذى هو
أرفع قيمة أو على هذا العبد الذى
هو أوكس قيمة أو على هذا الالف أو على
هذين الالفين عند أبى حنيفة رحمه الله
تعالى (حكم مهر المثل) فان كان مهر المثل
مثل الاوكس أو دونه فلها الاوكس
الا ان يرضى الزوج بتسليم الارفع فان
كان مثل الارفع أو فوقه فلها الارفع
الا ان ترضى المرأة بالاوكس وان كان
بينهما فلها مهر مثلها وقالا لها الاوكس فى
ذلك كله أما ان طلقها قبل الدخول بها
فلها نصف الاوكس أو نصف الالف فى
ذلك كله اجماعا ولو قال على هذا العبد
أو على ذلك العبد

الا اذا صحت التسمية كما في البيع بخلاف الطلاق والعتاق لانه لا موجب لهما في الاصل وانما يجب البدل فيهما بالتسمية وكذا الاقرار لان المال المقر به ليس بعوض زيلعي ولا خلاف انها لو طلقت قبل الدخول وجب نصف الاوكس لان الواجب في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة هداية وهذا يفيد ان نصف الاقل لو كان أقل من المتعة وجبت وبه صرح في الدراية فالحكم في الطلاق قبل الدخول ليس الا متعة مثلها نهر عن الفتح فائدة قال في القاموس الوكس كالوعد النقص والتنقيص لازم ومتعد نوح أفندي (قوله وعلى فرس أو حمار) يعني على معنى انه تزوجها على فرس فقط كما في الزيلعي لا كما قال العيني انه تزوجها على فرس وسط فانه غير صواب ذكره الشيخ شاهين فاذا تزوجها على فرس يخير بين ان يسلم فرسا وسطا وبين ان يسلم اليها قيمته وكذا اذا تزوجها على حمار فقط وهكذا الحكم في كل حيوان ذكر جنسه دون نوعه وأما لو تزوجها على فرس أو حمار بمعنى الترديد بينهما فالجواب فيها كالجواب في المسئلة الاولى من تحكيم مهر المثل عنده ووجوب الاقل عندهما زيلعي ولهذا قال في النهر لو أظهر الفعل في المعطوف لكان أولى لدفع توهم انه من المسئلة الاولى اذ موضوع هذه انه تزوجها على حيوان بين جنسه دون نوعه انتهى بخلاف مجهول الجنس كثوب ودابة لانه لا وسط له ووسط العبيد في زماننا الحبشي در وأقول لعل ماذكره في الدر تبعا للنهر وأقره الحموي بحسب عرفهم بناء على ان المراد بالعبد ما يعم الابيض وأما في عرفنا فالحبشي لا يجب الا بالتنصيص عليه لان العبد متى أطلق لا ينصرف الا لمن يكون من السودان فاذا اقتصر على ذكر العبد وجب الوسط من السود ان قيد بالمبهم لانه في المعين كهذا العبد أو الفرس يثبت الملك فيه لها بمجرد القبول ان كان مملوكا له وكذا لو لم يكن مشارا اليه الا انه أضافه الى نفسه كعبدي لان الاضافة الى نفسه من اسباب التعريف كالاشارة لكن لا تجبر على قبول القيمة في المضاف الى نفسه فان لم يكن مشارا اليه ولم يضفه الى نفسه بان قال تزوجتك على عبد زيد فلها ان تؤاخذه بشرائه لها فان عجز عن شرائه لزمته القيمة ولو قال على عبدي وله أعبد ثبت لها الملك في واحد وسط مما في ملكه وعليه تعيينه (قوله وان شاء اعطاها قيمة الوسط) وتجبر لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فكانت أصلا في الايفاء وتعتبر القيمة بحسب اختلاف الاوقات من الغلاء والرخص هو الاصح نهر (قوله وقال الشافعي يجب مهر مثلها) لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما عقد معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه بمنزلة التزام المال ابتداء حتى لا تفسد بمطلق الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين لان الجنس يشتمل على الجيد والردئ والوسط ذو حظ من الجانبين فكان أعدل وما نحن فيه جهالة في النوع وليس من الحكمة ان ينقض شئ لاجل الجهالة ثم يصار الى ما هو أكثر جهالة منه ولا يمكن القياس على البيع لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة لكونه مبنيا على المماكسة بخلاف النكاح لانه مبني على المسامحة لان المقصود منه غير المال بخلاف البيع زيلعي (قوله ولو نكحها على ثوب غير معين الخ) انما وجب مهر المثل لان فساد التسمية ليس بأكثر من عدمها (قوله أو على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل الى قوله فاذا هو عبد) صريح في وجوب مهر المثل في هاتين الصورتين وليس كذلك على الراجح لان الواجب هو المشار اليه كما سيذكره الشارح بقوله وفي عكسها لها المشار اليه وهذا هو الراجح من مذهب الامام والمفهوم من كلام الزيلعي وجوب المشار اليه من غير خلاف شيخنا عن الشيخ شاهين (قوله فاذا هو حر) قيد بكونه حرا لانه لو تزوجها على هذا العبد فاذا هو مدبر او مكاتب أو أم ولد كان لها قيمة العبد علمت المرأة بحال العبد أو لم تعلم مع ان المشار اليه لا يصلح مهرا لكن لما لم يخرج عن المالية بالكلية صحت التسمية بحر وقوله كان لها قيمة العبد أي كان لها قيمته لو كان عبدا (قوله أما في الثوب فبالاتفاق) لان الجهالة فيه جهالة في الجنس اذ الثياب اجناس شتى ولو قال هروي أو مروي تصح التسمية ويجب الوسط ويخير الزوج وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال زيلعي وقوله وكذا اذا بالغ الخ

لدفع التوهم لكان اولى (و) لو نكحها (على فرس أو حمار) أو خادم أو بغل (يجب الوسط) منها (أو قيمته) يعني الزوج مخير ان شاء أعطاها الوسط وان شاء أعطاها قيمة الوسط وقال الشافعي يجب مهر مثلها (و) لو نكحها (على ثوب) غير معين (أو خمر او خنزير او على هذا) الدن من (الخل فاذا هو خمر او على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل او على هذا (العبد فاذا هو حر) او على هذا الحر فاذا هو عبد (يجب مهر المثل) في هذه الوجوه كلها اما في الثوب فبالاتفاق واما في الخمر والخنزير

أي يخير أيضا بين تسليم الوسط أو القيمة وفي غير ظاهر الرواية لا يخير بل يلزمه تسليم الثوب اذا بالغ
في وصفه والحاصل انه اذا بين جنس الثوب صحت التسمية كما لو نكحها على ثوب هروي أو مروي
وان لم يبالغ في وصفه ولهذا قال في الدرر مع امهار ثوب وان لم يبالغ في وصفه قال الشيخ شاهين انظر
ما المراد من قوله وان لم يبالغ في وصفه ويمكن ان يقال ان حرف النفي منصب على القيد والمقيد جميعا أي
وان لم يوجد وصف اه وتعقبه شيخنا بان الفرق بين الوصف والمبالغة فيه ثابت اذ فسر في النهر المبالغة
في وصفه بان قال طوله كذا وعرضه كذا انتهى وأيضا لو لم يوصف أصلا تنتفي صحة التسمية لوجود الجهالة
في الجنس فلابد لصحة التسمية من وجود أصل الوصف أما المبالغة في الوصف فلا تشترط ولو على عشرة
دراهم وثوب لم يصفه فلها العشرة فقط ولو طلقها قبل الدخول فلها الخمسة الا ان تكون متعتها أكثر خاسة
وكان ينبغي وجوب الخمسة ولو كانت متعتها اكثر لصحة التسمية نهر (قوله وأما في الخمر والخنزير فكذلك عندنا
قيد بكون المشار اليه خمرا لانه لو كان طلاء كان لها مثل الدن من الخل خانية لانه مال وصرح في المبسوط
بان الطلاء مال وفي الوافي يصح بيع غير الخمر ويضمن متلفه فالمثلث العنبي بالاولى لانه يحل شربه عند الامام
لا على قول محمد ولو كانا حلالين بان تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو زبيب أو على هذا العبد
فاذا هو جارية أو على هذا الثوب المروي فاذا هو هروي كان لها مثل هذا الدن خلا وعبد بقيمة الجارية
وثوب مروي بقيمة الهروي وعرف من كلامه انهما لو كانا حرامين وجب مهر المثل بالاولى ودل اطلاقه
أن الحر لو كان حربيا فاسترق وملكه الزوج لم يجبر على تسليمه اتفاقا كما في الاسرار وكذا الخمر لو تخللت
وفي البدائع تزوجها على هذا الدن من الخمر وقيمة الظرف عشرة فصاعدا ففي رواية لها الدن لا غير
وفي اخرى لها مهر المثل بحر وقوله لو كانا حرامين الخ كما لو تزوجها على هذا الخمر فاذا هو دم مثلا (قوله وعند
مالك النكاح فاسد) لان الخمر والخنزير لا يمكن ايجابه على المسلم وتسميته تمنع من وجوب غيره فتعين
الفساد كالبيع ونحن نقول فساد التسمية لا يزيد على تركها فكما لا يفسد النكاح بترك التسمية فكذا اذا
فسدت بخلاف البيع اذ لا يجوز بدون بيان الثمن (قوله وفي عكسها الخ) أي لو تزوجها على هذا الخمر فاذا
هو خل او على هذا الحر فاذا هو عبد فالضمير في قوله وفي عكسها يرجع لما ذكره في المتن من قوله أو على
هذا الخل فاذا هو خمر او على هذا العبد فاذا هو حر ولا يشكل بما ذكره الشارح من قوله أو على هذا الدن من
الخمر فاذا هو خل لما سبق مبينا عن الشيخ شاهين (قوله ومحمد مع أبي حنيفة الخ) فيجب لها مهر المثل (قوله
ومع أبي يوسف الخ) فيكون الواجب لها مثل هذا الدن من الخل عند الصاحبين فان المسمى من خلاف
جنس المشار اليه فتكون العبرة للمسمى (قوله فاذا تزوجها على هذا الحر فاذا هو عبد الخ) الاولى حذفه الى
قوله وهذه المسائل مبنية على أصل لانه قد ذكر هذا قبله وذكر ان لها المشار اليه وقدمنا ان هذا هو الراجح
من مذهب الامام وتقدم ان كلام الزيلعي معهومه وجوب المشار اليه في هذه المسائل من غير خلاف
فقوله واذا تزوجها على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل يجب مهر مثلها خلاف الصواب والصواب الموافق
لقوله فيما سبق وفي عكسها لها المشار اليه وجوب المشار اليه ثم ظهر ان ماذكره الشارح هنا من وجوب مهر
المثل بالنسبة لمذهب محمد لكون الخل مع الخمر جنسين عنده كما سيأتي التصريح به في شرح قوله وهذه
المسائل مبنية على أصل الخ فلا ينافي ما سبق من قوله وفي عكسها لها المشار اليه لانه بالنسبة لمذهب الامام
فلا حاجة للتصويب (قوله وهذه المسائل مبنية على أصل الخ) قال في التبيين عن الايضاح لا خلاف ان
المعتبر المشار اليه اذا كان المسمى من جنسه وان كان من خلاف جنسه فالمعتبر المسمى وانما الخلاف
في التخريج وهو ان الحر والعبد جنس واحد عند أبي حنيفة فاذا تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر وجب
مهر المثل اعتبارا بالاشارة كما لو تزوجها على هذا الحر قال في الغاية وانما قلت الحر والعبد جنس واحد لان
الاصل في الآدمي الحرية وعارض الرق لا يؤثر في تبديل الجنس لان العبد قد يصير حرا والحر يصير عبدا
من غير تبدل العين بان اسر الحربي انتهى وكذا الخل والخمر فتعتبر الاشارة فيهما وعند أبي يوسف الحر والعبد

فكذلك عندنا وعند مالك النكاح
فاسد وأما وجوب مهر المثل في الموافق
فمذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى
وقال أبو يوسف اذا تزوجها على هذا
العبد فاذا هو حر او على هذا الدن من
الخل فاذا هو خمر يجب قيمة الحر لو كان
عبدا ومثل هذا الدن من الخل وفي
عكسها لها المشار اليه وكذا لو تزوجها
على هذه الميتة فاذا هي ذكية فان لها
المشار اليه وهي رواية عن أبي حنيفة
رحمه الله تعالى ومحمد مع أبي حنيفة رحمه
الله تعالى فيما اذا تزوجها على هذا
العبد فاذا هو حر ومع أبي يوسف فيما اذا
تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا
هو خمر فاذا تزوجها على هذا الحر فاذا
هو عبد أو على هذه الميتة فاذا هي ذكية
لها المشار اليه عند محمد واذا تزوجها
على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل
يجب مهر مثلها وهذه المسائل مبنية
على أصل وهو ان الاشارة والتسمية
اذا اجتمعتا والمشار اليه من خلافه
جنس

جنسان مختلفان وكذا الخل والخمر لان المسمى يصلح مهرا والمشار اليه لا يصلح مهرا فتعلق العقد بالمسمى وعند محمد الحر مع العبد جنس والخل مع الخمر جنسان كما مر فاذا تعلق العقد بالمسمى يعني على قول الثاني عند اختلاف الجنس بينهما ينظر فان كان المسمى مما يمكن ان يجعل مهرا و يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا لزمه تسليمه من غير خيار والا فينظر أيضا فان بين جنسه دون وصفه فلها الوسط منه ويخير الزوج والا فمهر المثل ولهذا أوجب أبو يوسف في الخل مثله وفي العبد القيمة وانما لم تجب قيمة عبد وسط لاعتبار الاشارة من وجه انتهى (قوله فالعبرة للتسمية) فاذا تزوجها على هذا الخل فاذا هو خمر تعلق العقد بالمسمى عند محمد لان التسمية تدل على ماهية خلاف المشار اليه فيكون المسمى مثل المشار اليه في استحقاق ان يكون مرادا ولا يكون تابعا له لان المقتضى لعدم شيء لا يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية أبلغ في التعريف اذا كانا من جنسين من حيث انها تعرف الماهية والاشارة انما تعرف ذات المشار اليه من غير دلالة على حقيقته والمراد بالماهية الحقيقة من حيث هي وبالذات موجود في الخارج يصح ان يكون مشارا اليه باشارة حسية عناية وفي الغاية الماهية هي ما به الشيء هو هو ثم كل شيء فرض كليا كان أو جزئيا فله حقيقة هو بها هو فان كان الشيء كليا تسمى حقيقته ماهية وان كان جزئيا تسمى هوية شيخنا (قوله فالعبرة للاشارة) لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا شيخنا عن الاختيار (قوله وانما قيدنا الثوب بغير معين الخ) وكذا يخير في تسليم الثوب أو القيمة وان بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وفي شرح المختار يجب تسليم الثوب لان موصوفه يجب في الذمة بخلاف الحيوان وقال أبو يوسف ان ذكر له أجلا يجبر على تسليمه لان مؤجله يثبت في الذمة متحتما كما في السلم وان لم يذكر له أجلا يخير وعن أبي حنيفة مثله ولو تزوجها على مكيل أو موزون غير الدراهم والدنانير فان ذكر جنسه وصفته يجبر على تسليمه لان موصوفه يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا وان ذكر جنسه دون وصفه يخير بين تسليمه وتسليم قيمته زيلعي والحاصل ان كل ما جاز فيه السلم كان لها ان لا تأخذ الا المسمى وما لم يجز فيه يخير فيه الزوج وصحة السلم في الثياب موقوفة على ذكر الاجل لا في المكيل والموزون حتى لو ذكر الوصف كحنطة جيدة خالية من الشعير صعيدية أو بحيرية تعين المسمى وان لم يذكر الاجل لان موصوفهما يثبت في الذمة حالا أيضا كالقرض (قوله وان امهر العبدين الخ) يعني جعلهما مهرا فالهمزة للتصيير نوح أفندي (قوله وأحدهما حر) قيد بكون أحدهما حرا لانه لو استحق كان لها مع الباقي قيمته اتفاقا نهر (قوله لها ذلك الى تمام العشرة عند أبي حنيفة) وعليه الفتوى نهر لان الباقي صلح مهرا لكونه مالا فيجب ووجوب المسمى وان قل يمنع من وجوب مهر المثل زيلعي (قوله لها العبد وقيمة الحر) لانه أطمعها بسلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته ولا تمه لو ظهرا حرين وجب قيمتهما عنده فكذا اذا ظهر أحدهما حرا اعتبارا للبعض بالكل (قوله وعند محمد لها العبد وتمام مهر مثلها) لانهما لو كانا حرين وجب مهر المثل عنده فكذا اذا كان احدهما حرا يجب العبد وتمام مهر المثل لعدم رضاها بدون مهر المثل الا بسلامة العبدين لها زيلعي (قوله وان كان مهر مثلها خمسة عشر) او اقل (قوله وفي النكاح الفاسد) وهو المفقود منه شرط من شروط الصحة كالشهود وكتزوج الاختين معا أو الاخت في عدة الاخت أو المعتدة من الغير أو الخامسة في عدة الرابعة أو الامة في عدة الحرة نوح أفندي ومنه ما لو تزوج ذمي مسلمة ويجب على القاضي التفريق ولا ينتقض عهده ولا بالتسري بامة مسلمة حموي ويأتي في الحدود انه اذا زنى بمسلمة لا ينتقض عهده أيضا وحيث كان تزوج الذمي بالمسلمة من قبيل الفاسد فاذا ولدت يثبت منه النسب ويكون الولد مسلما و ينبغي ان يكون الحكم كذلك اذا تسرى بامة مسلمة لانه من أهل ان يملك الا ترى انهم قالوا يجبر على بيعها تخليصا للمسلم من ذل الكافر فاذا ولدت فادعاه ثبت ويكون مسلما أيضا لانه يتبع خير الابوين دينا ويكون الحكم فيها انها تسعى في قيمتها كما اذا اسلمت أم ولد النصراني كما سيأتي

المسمى فالعبرة للتسمية وان كان المشار اليه من جنس المسمى الا انهما اختلفا وصفا فالعبرة للاشارة وانما قيدنا الثوب بغير معين لانه ان كان معينا بان قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج بين الوسط والقيمة (وان امهر العبدين وأحدهما حر فمهرها العبد) اذا ساوى عشرة دراهم ولو قلت قيمته لها ذلك الى تمام العشرة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة لها العبد وتمام مهر مثلها أي ما يتم به مهر مثلها ان كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد بان كان مهر مثلها عشرين درهما وقيمة العبد خمسة عشر درهما فلها خمسة دراهم والعبد وان كان مهر مثلها خمسة عشر درهما فلها العبد فقط (وفي النكاح الفاسد

فی المتن من باب التدبير وقول الزيلعی ولكل منهما فسخه لا ينافی وجوب الفسخ علی كل منهما خروجا عن المعصية بل أفاد ان كل واحد منهما يملك ذلك ولا يتوقف علی حضرة الآخر نهر (قوله اذا فرق القاضی) وهو أی التفريق واجب عليه اذا علم نهر (قوله انما يجب مهر المثل بالوطء) فی القبل لا بالعقد لفساده ولا بالخلوة للمانع الشرعی فيها وخص المهر مع ان حرمة امها انما تكون أيضا به لان الكلام فيه ولو ادعت فساده وهو صحته فالقول له وعلی عكسه فرق بينهما وعليها العدة ولها نصف المهر ان لم يدخل بها والكل ان دخل خانية واستدرك عليه فی النهر بما ذكره الحاكم من انه لو ادعی احدهما ان النكاح فی صغره فالقول له ولا نكاح بينهما ولا مهر ان لم يكن دخل قبل الادراك فيخص هذا من اطلاق الخانية انتهی ووجه الاستدراك ان ما فی الخانية يؤل الی جعل القول للزوج مطلقا سواء ادعی الصحة او الفساد بخلاف ما ذكره الحاكم لجعله القول لمن يدعی الفساد مطلقا ايا ما كان وانظر ما وجه الفساد فی مسئلة الحاكم ولعله باعتبار عدم الكفاءة او الغبن الفاحش فی المهر يعنی وكان العاقد غير الاب والجد بقی ان ظاهر قوله انما يجب بالوطء باداة الحصر أنه لو مات احدهما قبل الوطء لا يجب لها مهر المثل فقولهم ان النكاح ينتهی بالموت فيتقرر بجميع مواجبه محله اذا كان النكاح صحيحا (تتمة) يستثنی من حرمة تعاطی العقود الفاسدة الفاسد الذی يترتب عليه من الآثار ما يترتب علی الصحيح كالكتابة فان فاسدها كصحيحها فی العتق وتوابعه لان له اثرا صحيحا يقصد منه شرعا بخلاف نحو البيع الفاسد فانه لا اثر له شرعا يقصد به حموی واعلم انه ذكر فی الخلاصة ان التصرفات الفاسدة عشرة وأحكامها مختلفة وقد نظمها فی النهر فقال

وفاسد من العقود عشر * اجارة وحكم هذا الاجر
وجوب أدنی مثل او مسمی * اوكله مع فقدك المسمی
والواجب الاكثر فی الكتابة * من الذی سماه او من قيمة
وفی النكاح المثل ان يكن دخل * وخارج البذر لمالك أجل
والصلح والرهن لكل نقضه * امانة او كالصحيح حكمه
ثم الهبه مضمونة يوم قبض * وصح بيعه لعبد اقترض
مضاربه وحكمها الامانة * والمثل فی البيع والا القيمة

اذا فرق القاضی (انما يجب مهر المثل بالوطء ولم يزد) مهر المثل (علی المسمی) ان كان أقل منه عندنا

وقوله وجوب ادنی مثل او مسمی أی الواجب الاقل من المسمی ومن اجر المثل فان لم يكن هناك تسمية يجب كمال اجر المثل وفی التجريد والمستأجر امانة وقوله والواجب الاكثر فی الكتابة الخ أی الواجب فيها الاكثر من المسمی ومن القيمة وقوله والصلح والرهن لكل نقضه أی حكم كل منهما ذلك والرهن الفاسد هو رهن المشاع وللراهن ان ينقضه كالبيع الفاسد ولو هلك فی يد المرتهن يهلك امانة عند الكرخی وفی الجامع الصغير ما يدل علی انه كالرهن الجائز وقوله ثم الهبة الخ وفی الفتاوی الهبة الفاسدة لا تفيد الملك وقوله وفی النكاح المثل أی مهر المثل وقوله وخارج البذر الخ أی الحكم فی المزارعة الفاسدة ان الخارج لصاحب البذر فان كان البذر من قبل رب الارض فعليه اجر مثل العامل ويطيب له وان كان البذر من العامل فعليه اجر مثل الارض والخارج له وقوله وصح بيعه لعبد اقترض أی فيما اذا اقترض قرضا فاسدا وهو قرض الحيوان وقوله مضاربة وحكمها الامانة ای حكمها ان المال فی يد المضارب امانة وقوله والمثل فی البيع الخ أی حكم البيع الفاسد الضمان بالقيمة او بالمثل ان كان مثليا وهذا عند الهلاك او الاستهلاك أما لو كان قائما فلكل واحد منهما حق النقض كذا بخط الحموی عن الخلاصة (قوله ولم يزد مهر المثل علی المسمی) لرضاها بالحط ولو كان دون المسمی لزم مهر المثل لفساد التسمية بفساد العقد ولو لم يسم او جهل لزم بالغا ما بلغ در وظاهر كلامهم ان مهر المثل لا يزيد علی المسمی ولو كان المسمی اقل من عشرة كما فی النهر بخلاف النكاح الصحيح اذا وجب فيه مهر المثل فانه لا ينقص عن عشرة بحر وذكر بعد قول المصنف ومهر مثلها الخ ما نصه معزيا للخلاصة ملخصا ليس المراد من المهر الذی يجب بالوطء بشبهة مهر المثل المذكور

هنا بل العقر وفسره في الاسبيجابي بانه الذي تستأجر عليه للزنا لو كان حلالا الخ فهذا صريح فيما سبق من الفرق وقوله في النهر ولم يقل ولا ينقص منه ايماء الى انه لو كان أكثر من مهر المثل وجب مهر المثل فقط وتبعه الحموي فيه نظر لان ايجاب مهر المثل فقط فيما اذا كان المسمى أكثر منه هو عين التنقيص كما لا يخفى (قوله وعند زفر يجب بالغا ما بلغ) اعتبارا بالبيع الفاسد وانما انها أسقطت حقها في الزيادة لرضاها بما دونها فلا تجب ولان المنافع ليست بمال وانما تتقوم بالعقد ولم يوجد بخلاف المبيع فانه متقوم بنفسه زيلعي ومن أحكام العقد الفاسد انه لا يحد بوطئها قبل التفريق للشبهة ويحد اذا وطئها بعد التفريق بدائع وغيرها وظاهره انه لا فرق فيه بين ان يكون في العدة أولا ولم أره صريحا بحر ولا يلزمه بالوطء الا مهر واحد وان وطئها مرارا حموي عن ابن الحلبي (قوله ولا بالخلوة الصحيحة) يعني بالصحيحة ان تكون بحال يمكنه وطؤها بلا مانع من الوطء سوى الفساد والا فالمانع ثابت وهو حرمة الوطء بفساد العقد وهذا وجه ما ذكره في البحر من التسامح (قوله ويثبت النسب في النكاح الفاسد) للاحتياط عيني ولا توارث بين الزوجين في الفاسد والموقوف (قوله من وقت النكاح عندهما) الحاقا للفاسد بالصحيح واستبعده الزيلعي بان النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطء لحرمته بخلاف الصحيح وأجاب في النهر بان النسب حيث كان يحتاط في اثباته فالاعتبار بوقت العقد به أمس (قوله وتثبت العدة) بعد الوطء لا الخلوة للطلاق لا للموت درر أي تعتد بالحيض سواء كانت العدة للتفريق أو للموته قبله لان الطلاق لا يتحقق في النكاح الفاسد بل هو متاركة ولو كانت هذه المرأة الموطوءة أخت امرأته حرمت عليه الى انقضاء عدتها نوح أفندي وكذا تحرم عليه زوجاته الاربع اذا كانت هذه المرأة الموطوءة خامسة الى انقضاء عدتها وانما وجبت العدة لان الفاسد ملحق بالصحيح في موضع الاحتياط تحرزا عن اشتباه النسب لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق أو بمتاركة الزوج وعلم غير المتارك ليس بشرط لصحة المتاركة على الاصح وانكار النكاح ان كان بحضرتها فهو متاركة والا فلا ولا تتحقق المتاركة الا بالقول كتركتك أو خليت سبيلك وفي غير المدخول بها فيتفرق الابدان وأراد الزيلعي بقوله وعلم غير المتارك ليس بشرط خصوص المرأة فليس المراد بالغير ما يصدق بالرجل لانه قدم أولا ما يفيد تخصيص الزوج بالمتاركة أما الفسخ فغير مختص به لان لكل واحد منهما فسخه بغير محضر من الآخر وقيل بعد الدخول لا بد من حضوره والفرق بين الفسخ والمتاركة ان المتاركة في معنى الطلاق فتختص بالزوج أما الفسخ فرفع للعقد فلا يختص به هذا في القضاء أما فيما بينها وبين الله اذا علمت انها حاضت بعد آخر وطء ثلاث حيض حل لها التزوج اتفاقا فتح وقيده في البحر بما لو فرق بينهما أما اذا حاضت ولم يفارقها فلا انتهى ولو قال لم أدخل فالقول له نهر (قوله وعند زفر من آخر الوطآت) واختاره الصفار (قوله ومهر مثلها) أي الحرة اذ الكلام في نكاحها أما الامة فسيذكره الشارح (قوله بقوم أبيها) لقول ابن مسعود في المفوضة لها مهر نسائها والظاهر من اضافة النساء اليها انها باعتبار قرابة الاب لان الانسان من جنس قوم أبيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولهذا صحت خلافة ابن الامة اذا كان أبوه قرشيا زيلعي ونهر وفي كلام المصنف استعمال القوم في الاناث حموي (قوله اذا استويا) في ثمانية أشياء ذكرها في المتن وزيد عليها أربعة فالجملة اثنا عشر ثم بين ما به المماثلة بقوله سنا وجمالا الخ قال البرجندي ولم تذكر الام في شيء من الكتب لانها يجوز ان لا تكون من قوم الاب حموي وكذا يشترط ان يستويا في العلم والادب وكمال الخلق وان لا يكون لها ولد وقالوا يعتبر حال الزوج أيضا وقيل لا يعتبر الجمال في بيت الحسب والنسب والشرف وانما يعتبر ذلك في أوساط الناس اذ الرغبة فيهن للجمال بخلاف بيت الشرف زيلعي وقوله يعتبر حال الزوج بان يكون زوج هذه كأزواج امثالها من نسائها في المال والحسب نهر عن الفتح ومقتضاه المغايرة بين المال والحسب مع ان الزيلعي ذكر في فصل الكفاءة ان الحسب المال لكن ذكر في الجبران الحسب مكارم الاخلاق وفي الغاية عن النتف تعتبر المماثلة في خمس عشرة خصلة الجمال والحسب والمال والعقل والدين والعلم

والادب

وعند زفر يجب مهر المثل بالغا ما بلغ وانما قيد بالوطء لانه لا يجب قبل الوطء ولا بالخلوة الصحيحة (ويثبت النسب) في النكاح الفاسد من وقت النكاح عندهما وعند محمد من وقت الدخول وعليه الفتوى وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاءت بولد لستة اشهر من وقت النكاح وقد كان دخل بها بعد النكاح بشهر يثبت نسب ولدها عندهما وعنده لا يثبت (و) تثبت (العدة) من وقت التفريق عند الناضي وعند زفر من آخر الوطآت (ومهر مثلها يعتبر بقوم ابيها) اى باخواتها وعماتها وبنات عمها لا بقوم امها كالخالات وبنات الاخوال والام الا اذا كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهرها من جهة انها بنت عم ابيها وقال ابن ابي ليلى يعتبر امها وقومها هنا (اذا استويا سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا

والادب والتقوى والعفة وكمال الخلق وحداثة السن والبكارة وحال الوقت وحال الزوج وان لا يكون لها ولد انتهى وهو صريح فى ان الدين غير التقوى حموى وتعتبر هذه الاوصاف وقت التزوج نهر عن الذخيرة وفيه عن المنتقى يشترط ان يكون المخبر بمهر المثل رجلين أو رجلا وامرأتين ولفظة الشهادة فان لم يوجد من يشهد بمهر المثل فالقول فيه للزوج مع يمينه فالقضاء بمهر المثل لا يصح الا بالشهادة أو الاقرار ولا يخالفه ماسبق عن المحيط ان الزوج أو القاضى لو فرض بعد العقد جاز لانه يجرى مجرى التقرير لما وجب بالعقد من مهر المثل زاد او نقص لانه محمول على التراضى فلو ساوت امرأتين من قوم أبيها فى هذه الاوصاف واختلف مهراهما ينبغى ان كل مهر حكم به القاضى صح بحر لا يقال قوله فيما سبق وان لا يكون لها ولد يشكل بما قبله من قوله وبكارة لان اعتبار البكارة فيمن يماثلها بالنسبة لما اذا كانت هى بكرا فلا منافاة حتى لو كانت احداهما ذات ولد وجب اعتبار ذلك أيضا فى جانب الاخرى (قوله وعقلا) وهو القوة المميزة بين الامور الحسنة والقبيحة أو هيئة محمودة للانسان فى حركاته وسكناته ويمكن ان يراد به مايقابل الجنون حموى عن البرجندى (قوله أى ديانة) صريح فى ان المماثلة فى الدين غير معتبرة وقد تقدم عن النتف ان المماثلة فيه معتبرة فليحرر حموى والثمرة تظهر فيما لو كان من وجب لها مهر المثل مسلمة والاخرى التى ساوتها فى الديانة وغيرها ماعدا الدين كتابية فعلى مافى النتف لا يعتبر بها وعلى ظاهر كلام الشارح يعتبر بمهرها فان قلت الديانة هى التقوى وفسرها بعضهم بالتقوى عن الشرك فعلى هذا تستلزم الاسلام قلت لا نسلم الاستلزام لان الكتابية لو كانت مشركة لما جاز للمسلم التزوج بها الا ترى الى ماسبق من الخلاف بين الامام وصاحبيه فى حل التزوج بالصابئة حيث جعلوا الخلاف مبنيا على الخلاف فى تحقق الشرك منهم (قوله وبكارة) فلو شرط البكارة فوجدها ثيبا لزمه الكل أى كل المهر ولا عبرة بالشرط درر غرر لكن فى الشرنبلالية عن العمادية تزوجها بازيد من مهر مثلها على انها بكر فاذا هى ثيب لا تجب الزيادة الخ وأقول يمكن حمل مافى الدرر على ما اذا كان المسمى لها مع شرط البكارة لا يزيد على مهر مثلها فلا يخالف مافى الشرنبلالية حينئذ (قوله فى الاشياء المذكورة) ظاهره انه يشترط التساوى فى جميع هذه الاشياء وليس كذلك ولهذا قال فى النهر فان لم يوجد أحد من قوم أبيها أو من يماثلها فى الاوصاف كلها أو بعضها فمن الاجانب وفى شرح المجمع وان لم توجد كلها فى قوم أبيها يعتبر الموجود منها وكذا فى البرجندى معللا بان اجتماع هذه الاوصاف فى امرأتين يتعذر ولهذا لم يذكر فى الخزانة كونهما من بلد واحد ولم يذكر فى الخلاصة العقل والعصر وفى الظهيرية لم يذكر المال والجمال حموى (قوله وذكر شيخ الاسلام الخ) ينبغى ترجيحه لان اعتباره بمن يماثلها من قوم امها أولى من ان يعتبر بالاجانب ويمكن تخريج كلام المصنف عليه فيوافق مذهب الامام بان يقال قوله فان لم يوجد فمن الاجانب محمول على ما اذا لم يوجد من يماثلها من قوم امها ولهذا نقل السيد الحموى عن البرجندى مانصه المقصود انه لا يعتبر بالام وقومها مع قوم الاب لا انها لا تعتبر أصلا حتى تكون أدنى حالا من الاجانب انتهى (قوله وصح ضمان الولى المهر) ولو كان هو العاقد لانه سفير ومعبر وليس بمباشر بخلاف ما اذا اشترى له شيأ ثم ضمن عنه الثمن للبائع حيث لا يجوز لانه أصيل فيه فيلزمه الثمن ضمن أو لا فاذا أدى الولى من مال نفسه فله ان يرجع فى مال الصغير ان اشهد انه يؤديه ليرجع وان لم يشهد فهو متطوع استحسانا لكن فى اطلاق الزيلعى الولى مؤاخذة لان عدم الرجوع عند عدم الاشهاد خاص بالاب بخلاف الوصى وغير الاب من الاولياء اذا ادى بحكم الضمان رجع وان لم يشهد نهر وقوله بخلاف الوصى يحمل على ما اذا ضمن الصداق بعد موت الولى الذى باشر العقد بان عقد الولى فمات قبل دفعه الصداق والا فالوصى ليس له ولاية التزويج مطلقا كما سبق بقى انه يشترط لصحة الضمان صدوره فى صحته وقبول المرأة فى مجلس الضمان فلو كان فى مرضه فان كان الزوج وارثه لا يصح والاصح من الثلث درر وهذا محمول على ما اذا وجد وارث آخر ولم يجز أما اذا لم يوجد له وارث آخر صح مطلقا وان لم يخرج من الثلث كصحة الوصية للوارث ولو بالكل اذا لم يوجد له وارث آخر كما سيأتى فى محله

وعقلا ودينا) اى ديانة (وبكارة) وهذا
فى البحر اثرا مافى الاماء فهو مثلها او دون
مايرغب فيها وعن الاوزاعى ثلث قيمتها
(فان لم يوجد) من قوم أبيها من كانت
تماثلها فى الاشياء المذكورة
اووجدت ولكن لم يكن نكاحها
فى بلدها (فمن الاجانب) من بلدها
يعتبر وذكر شيخ الاسلام رحمه الله تعالى
انه يعتبر بمهر امرأة من قوم أبيها تماثلها
الصفة عنده وعندهما بالاجنبية
وقيل بامرأة من قبيلة مثل قبيلة أبيها
(وصح ضمان الولى) المهر

ان شاء الله تعالى وانما اشترط فيه القبول فى المجلس لانه شطر عقد وهو لا يتوقف على ماوراء المجلس (قوله وتطالب زوجها) يعنى البالغ ولهذا قال الزيلعى وليس لها ان تطالبه مالم يبلغ ولا تطالب الاب بمهر ابنه الصغير الفقير أما الغنى فيطالب أبوه بالدفع من مال ابنه لا من مال نفسه الا اذا ضمن تنوير وشرحه ولا يرجع اذا ادى عن ابنه الصغير وضمن عنه للعرف بتحمل مهر الصغار الا اذا أشهد فى أصل الضمان انه يدفع ليرجع وقيده فى الفتح بما اذا كان له مال ونظر فيه فى النهر بما فى غاية البيان مما يقتضى جواز الرجوع اذا اشهد مطلقا وان لم يكن له مال (قوله أو وليها) قيد بوليها لانه اذا كان الضامن ولي الزوج فالمطالبة الى ولى الزوج زيلعى وتعقبه فى البحر بان المطالبة عليه لا اليه وجعل الى بمعنى على مجازا بعيد وأشار بصحة ضمان الولى الى صحة ضمان الرسول فى النكاح والوكيل بالاولى فلو ضمن الرسول المهر ثم جحد الزوج الرسالة اختلف المشايخ والصحيح كما فى المحيط انها ان طلبت التفريق ففرق بينهما كان لها على الرسول نصف المهر وان لم تطلب التفريق كان لها جميع المهر ولو زوجه الوكيل على الف من ماله أو على هذا الالف لم يلزمه شئ ولو ضمن المهر لزمه فان كان بغير اذن الزوج فلا رجوع له بخلاف الوكيل بالخلع فانه اذا ضمن البدل عنها رجع به عليها وان لم تأمره بالضمان ولو زوجه الوكيل امرأة على عرضه جاز فان هلك فى يد الوكيل رجعت بقيمته على الزوج ولو اشترى الاب لهما يؤكل ونقد من مال نفسه رجع فى ماله لعدم العرف بحر ونهر (قوله ولها منعه) أشار به الى انها بالغة فلو كانت صغيرة فللولى المنع حتى يقبض مهرها وتسليمها نفسها غير صحيح فللولى استردادها وليس لغير الاب والجد ان يسلمها الى الزوج قبل ان يقبض الصداق من له ولاية قبضه فان سلمها فهو فاسد وترد الى بيتها بحر عن التجنيس (قوله من الوطء) والدواعى والاخراج من بيتها أو بلدها وهو أولى من تخصيصه بالاخراج من البلد كما فى الهداية وجرى عليه الزيلعى وغيره نهر وانما كان لها منعه للمهر ليتعين حقها فى البدل كما تعين حق الزوج فى المبدل كما فى البيع وفى النهر عن البدائع واذا كان الثمن عينا يسلمان معا وههنا يقدم تسليم المهر على كل حال سواء كان دينا أو عينا لان القبض والتسليم معا متعذر ولا تعذر فى البيع انتهى (قوله للمهر) أى لاستيفاء قدر ما يعجل لمثلها عرفا به يفتى لان المعروف كالمشروط ان لم يوجد داء فكما شرط لان الصريح يفوق الدلالة الا اذا جهل يعنى العرف فيجب حالا ولها النفقة بعد المنع ولها السفر والخروج من بيت زوجها بلا اذنه مالم تقبضه أى المعجل فلا تخرج الا لحق لها أو عليها أو لزيارة أبويها كل جمعة مرة أو المحارم كل سنة او لكونها قابلة أو غاسلة لا فيما عدا ذلك وان اذن كانا عاصيين والمعتمد جواز الحمام بلا تزين در عن الاشباه بقى ان يقال هل له منعها من الخروج اذا اوفاها المعجل وان كانت قابلة أو غاسلة لم أره والظاهر ان له ذلك وان شرطت عليه فى صلب العقد الخروج لذلك لانه شرط لا يقتضيه العقد فكان باطلا (تتمة) هل دخل عليه السلام الحمام ذكر أئمتنا انه دخل الحمام بالجحفة وقال لا يعبأ الله باوساخنا شيئا لكن ذكر الابيارى شارح الكنز انه لم يدخل على الاصح ذكر ذلك فى شرحه للجامع الصغير عند قوله عليه السلام اتقوا بيتا يقال له الحمام (قوله لاجل ان تستوفى المهر المعجل) مفهومه انه ليس لها منعه لاستيفاء كل المهر حيث لم يشترط تعجيل الكل بان اشترط تعجيل البعض أو لم يشترط وكان العرف بتعجيل البعض ولهذا قال صدر الشريعة ولا لها المنع لقبض الكل فى المختار وهذا الحكم قد فهم مما تقدم فانه قال أو قدر ما يعجل الى قوله ان لم يبين فتقييد ولاية المنع بقدر المعجل يدل بطريق المفهوم على انه ليس لها المنع لقبض الزائد على هذا ولا خلاف فى ان التخصيص بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه انتهى قال شيخنا وقول اهل الاصول هنا فى الادلة الفاسدة ان التخصيص بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما عداه يعنى ان مفهوم المخالفة ليس بحجة عندنا فى كلام الشارع دون روايات الفقهاء انتهى (قوله وهو دستيمان) ينظر معنى هذه الكلمة حموى ثم رأيت معزيا لقاضيخان ما يفيد ان دستيمان هو الذى تعورف تعجيله من المهر (قوله

(وتطالب زوجها أو وليها) يعنى ان المرأة بالخيار ان شاءت طالبت زوجها بالصداق بحكم النكاح وان شاءت طالبت وليها بحكم الضمان كما فى سائر الكفالات فان أدى الولى يرجع على الزوج ان كان بامره وان ضمن بغير أمره لا يرجع (ولها منعه من الوطء والاخراج) اى يجوز للمرأة ان تمنع الزوج عن الدخول بها وتمنعه ان يسافر بها لاجل ان تستوفى المهر المعجل وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر المعجل وهو دستيمان

(قوله الا اذا جهل) يعنى العرف الخ عبارة الدر الا اذا جهل الاجل جهالة فاحشة فيجب حالا غاية الا التأجيل لطلاق او موت فيصح للعرف بزازية انتهت كتبه مصححه البجراوى

مطلب مفهوم المخالفة ليس بحجة فى كلام الشارع دون روايات الفقهاء

وان كان المهر كله مؤجلا) ولو بعد العقد كما فى النهر وسواء كان الاجل معلوما او مجهولا جهالة غير متفاحشة كالحصاد ونحوه بخلاف المتفاحشة كالى الميسرة وهبوب الريح حيث يكون المهر حالا كذا ذكره الكمال ويخالفه ما فى الدرر حيث قال ليس لها حبس نفسها فيما تعورف تأخيره الى الميسرة شرنبلالية وقولهم ان التأجيل بالطلاق او الموت صحيح على الصحيح وبالطلاق ولو رجعيا يتعجل ولو راجعها لا يتأجل يعنى اذا كان التأجيل الى الطلاق اما اذا كان التأجيل الى مدة معينة لا يتعجل بالطلاق بحر فلو كان المؤخر منجما على السنين فطلقها يبقى على تأجيله واعلم ان فى عبارة الدرر خللا حيث قال لها منعه لاخذ ما بين تعجيله او اخذ قدر ما يعجل لمثلها من مهر مثلها عرفا غير مقيد بالربع او الخمس ان لم يؤجل كله الخ فقوله من مهر مثلها صوابه من مثل مهرها كما فى الوقاية عزمى زاده ووجهه ان الكلام مفروض فيما اذا كان المهر مسمى ثم اعلم ان ماذكره فى الشرنبلالية حيث قال قوله لاخذ ما بين تعجيله قال الكمال أى اذا لم يشترط الدخول فى العقد قبل حلول المهر فان شرطه فليس لها الامتناع بالاتفاق انتهى لا يناسب ذكره فى هذا المقام لان كلام الكمال تقييد للخلاف الآتى فى كلام الشارح وهو قوله وان كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها وله ان يدخل بها فى الحال وقال أبو يوسف ليس له ان يدخل بها حتى يوفيها مهرها وصاحب الدرر لم يتعرض لذكر هذا الخلاف حتى يحسن تقييده بكلام الكمال فاللائق بكلام الدرر عدم ذكره (قوله وقال أبو يوسف ليس له الخ) لان الاستمتاع بمقابلة تسليم المهر فاذا طلب تأجيل المهر كله فقد رضى باسقاط حقه فى الاستمتاع واختار بعضهم الفتوى به زيلعى بقى ان يقال ما جعله الشارح قولا لابى يوسف يخالفه ما فى النهر حيث قال وعن الثانى ان لها الامتناع قال الولوالجى وبه يفتى استحسانا وفى الخلاصة كان الاستاذ ظهير الدين يفتى بالاول والصدر الشهيد بالثانى انتهى (قوله أى لها منعه منهما) وان وطئها عند أبى حنيفة لان كل وطئة معقود عليها يعنى ابانة لشرف البضع فتسليم البعض لا يوجب تسليم الباقى در (قوله خلافا لهما) لان المعقود عليه صار مسلما بالوطئة او بالخلوة ولهذا يتأكد جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف فى البضع المحترم فلا يخلو عن العوض ابانة لخطره والتأكيد بالوطئة الواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ما لم يوجد فاذا وجد صار معلوما فتحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالمدبر اذا جنى جناية يدفع المولى قيمته لولى الجناية ثم اذا جنى اخرى يتبع ولى الجناية الثانية ولى الاولى لتحقق المزاحمة زيلعى (قوله وكثير من المشايخ الخ) وقيل اذا كان مأمونا عليها له السفر بها والا لا وظاهر كلام الولوالجى يشير الى ان الاختلاف فى هذه المسئلة اختلاف عصر وزمان شيخنا عن انفع الوسائل (قوله وان كان طويل الذيل) كناية عن الغنى والشرف حموى (قوله ولكن ينقلها الى القرى) يعنى فيما دون مدة السفر تنوير وهو باطلاقه يشمل ما لو كان من قرية الى قرية كما سيجىء او من المصر الى القرية على ما هو الصواب خلافا لمن فرق نهر عن القنية وتنوير أيضا وعلله فى الدرر بانه ليس بغربة وقيده فى التتارخانية بما اذا امكنها الرجوع قبل الليل واطلقه فى الكافى قائلا وعليه الفتوى اه ومنه تعلم ان ما ذكره الشيخ الشلبى من ان له ان ينقلها من المصر الى القرية وعزاه الى الشارح باعتبار استفادته من اطلاق كلامه اذ لم يذكر ذلك صريحا فتدبر (قوله وعليه الفتوى) راجع لقوله وكثير من المشايخ لا لقوله لكن فتأمل حموى عن بعض الفضلاء وعليه فلا يكون قوله لكن الخ مرتبطا بقوله وكثير من المشايخ الخ ولما كان الظاهر من سياق كلامه ارتباط قوله ولكن بما ذكر قبله امر السيد بالتأمل شيخنا والحاصل انه ليس له ذلك جبرا عليها وبه جزم البزازى وغيره قال فى النهر وهو الذى عليه العمل فى ديارنا وما شنع به ظهير الدين من ان الاخذ بكتاب الله تعالى أولى من الاخذ بقول الفقيه رد بان الكتاب مقيد بعدم المضارة بقوله ولا تضاروهن ولا شك ان فى النقل الى غير بلدها مضارة انتهى وفى الدر عن الفصول يفتى بما يقع عنده من المصلحة (قوله ولو اختلفا فى قدر

وان كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها وله ان يدخل بها فى الحال فاذا حل الاجل دفع مهرها وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى ليس له ان يدخل بها حتى يوفيها مهرها قوله وان وطئها اى لها منعه منهما وان وطئها عند ابى حنيفة خلافا لهما والخلاف فيما اذا وطئها طائعة وهى من اهل التسليم حتى لو دخل بها مكرهة او صغيرة او مجنونة لا يسقط حقها فى الحبس اجماعا وعلى هذا الخلاف اذا خلا بها برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة اذا منعت نفسها وعنده لها النفقة وعندهما لا نفقة لها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء وكثير من المشايخ على انه ليس للزوج ان يسافر بها فى زماننا وان اوفاها المهر لان الغريب يؤذى ولو كان طويل الذيل ولكن ينقلها الى القرى ان احب وعليه الفتوى وله ان ينقلها من القرية الى المصر ومن القرية الى القرية (ولو اختلفا فى قدر المهر

المهر) نقدا كان او مكيلا أو موزونا ولو دينا ولم يقيده بحال الحياة لان اختلافهما لا يتصوّر الا كذلك قيد بالاختلاف في قدره لانه لو كان في جنسه بان قالت تزوجتني على عبد فقال بل على جارية أو صفته من الجودة أو الرداءة أو نوعه كالتركي أو ذرعه ان كان مذروعا والمسمى عين أو اختلفا في قيمته وهو هالك فالقول للزوج ولا يتحالفان ولو كان دينا فهو كالاختلاف في الاصل نهر واراد بقوله ولو دينا أي ولو كان المذروع دينا الى ذلك أشار شيخنا فهو تصريح بمفهوم قوله سابقا أو ذرعه ان كان مذروعا والمسمى عين وأشار بقوله كالاختلاف في الاصل الى وجوب مهر المثل كما سيأتي في كلام المصنف واعلم انه استفيد من النهر انه يفصل في الاختلاف في قدر المهر اذا كان دينا أي موصوفا في الذمة بان يقال ان كان ذلك الدين أي الموصوف في الذمة الذي وقع الاختلاف في قدره من المذروع يجب مهر المثل وان كان من المكيل أو الموزون يحكم مهر المثل واستفيد هذا من قوله أوّلا ولو اختلفا في قدر المهر نقدا كان أو مكيلا أو موزونا ولو دينا الخ أي ولو كان المكيل أو الموزون الذي اختلفا في قدره دينا أي موصوفا في الذمة حكم مهر المثل واستفيد وجوب مهر المثل فيما اذا كان المذروع الذي اختلفا في قدره دينا أي موصوفا في الذمة من قوله ثانيا ولو كان دينا أي ولو كان المذروع دينا فهو كالاختلاف في الاصل أي في وجوب مهر المثل فعلى هذا يفرق في الدين بين المذروع وغيره من المكيل أو الموزون لكن يعكر على هذا الفرق ما ذكره في البحر حيث قال وحاصل الاختلاف في القدر انه لا يخلو اما ان يكون المهر دينا أو عينا فان كان دينا موصوفا في الذمة بان تزوجها على مكيل موصوف أو موزون أو مذروع كذلك فاختلفا في قدر الكيل أو الوزن أو الذرع فهو كالاختلاف في قدر الدراهم والدنانير الخ فعلى ما ذكره في البحر اذا اختلفا في قدر المهر وكان دينا يحكم مهر المثل مطلقا بلا فرق بين المذروع وغيره فليحرر (قوله حكم مهر المثل) سواء كان الاختلاف حال قيام النكاح أو بعد الفرقة قبل الدخول حموي وتقييده بما قبل الدخول لما سيأتي من قول المصنف والمتعة لو طلقها قبل الوطء (قوله اعلم ان الاختلاف في المهر لا يخلو الخ) هذا التقسيم باعتبار مطلق الاختلاف (قوله في حال الحياة أو بعده) الضمير في بعده يرجع للحال لا للحياة ولهذا ذكر الضمير لان الحال مما يذكر ويؤنث حموي (قوله بعد الطلاق أو قبله) صوابه بعد الدخول أو قبله كما في الفتح كذا قيل وأقول لا وجه لهذا التصويب لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بالطلاق بعد الدخول كما في الزيلعي وما ذكره في الفتح لا دلالة فيه على ما ذكر والحاصل ان كلا من عبارة الشارح والفتح مستقيمة ولا تنافي بين العبارتين اذ قول الشارح بعد الطلاق يحمل على ما لو كان الطلاق بعد الدخول وقوله في الفتح أو قبل الدخول يحمل على ما اذا كان قبل الطلاق ومن هنا ظهر ان ما ذكر من التصويب الثاني في قول الشارح قبل الطلاق حيث قال صوابه قبل الوطء لا وجه له أيضا غايته ان التقييد بما قبل الطلاق اتفاقي حتى لو كان بعده وبعد الدخول حكم مهر المثل أيضا لان اعتبار مهر المثل لا يسقط الا بالطلاق قبل الدخول (قوله فان مهر المثل يجعل حكما) قال مشايخنا هذا كله اذا لم تسلم نفسها فان سلمت نفسها ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد الموت فانه لا يحكم مهر المثل بل يقال لها لا بد ان تقري بما تعجلت والا حكمنا عليك بالمتعارف ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا لانها لا تسلم نفسها الا بعد قبض شيء من المهر عادة زيلعي ولا يصح ان يراد بالموت موتهما بل موت أحدهما لما سيأتي في الشارح وغيره كالزيلعي ان حكم الاختلاف بعد موت أحدهما كالاختلاف حال حياتهما وعبارة الزيلعي فيما سيأتي ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما بالاتفاق لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما وكذا لو طلقها بعد الدخول اهـ فقوله في البحر بعد ان نقل عن المحيط ما قدمناه عن الزيلعي ومحله فيما اذا ادعى الزوج ايصال شيء اليها يعني ورثة الزوج فهو على حذف مضاف ويصح ان يكون التجوز في جانبها بان يراد بالاقرار في قولهم اما ان تقري الخ ما هو الاعم من اقرارها أو اقرار ورثتها وبه يسقط ما ذكره في الشرنبلالية من ان ذلك لا يتاتى في حال موتهما لان مبناه على توهم ان المراد بالموت في كلام الزيلعي

وغيره

حكم مهر المثل) اعلم ان الاختلاف في المهر لا يخلو اما ان يكون في حال الحياة او بعدها وحال الحياة لا يخلو اما ان يكون بعد الطلاق او قبله وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون الاختلاف في اصل المسمى او لم يكن او في مقدار المسمى كم كان فان كان الاختلاف في حال الحياة قبل الطلاق في مقدار المسمى فان مهر المثل يجعل حكما عند ابي حنيفة ومحمد فان شهد لاحدهما فالقول قوله مع يمينه فان ادعى الزوج الالف والمرأة تدعي الالفين ومهر المثل الف أو أقل فالقول قول الزوج مع يمينه في انكار الزيادة فان قيل اذا اختلف المتبايعان في الثمن وقيمة المبيع تشهد لاحدهما لا يعتبر قوله قلنا القيمة لا يمكن اثباتها الا بعد تقويم ومهر المثل يمكن اثباته بمطلق العقد فافترقا

وغيره كالمحيط موتهما وليس كذلك ولهذا نقل في الدر ماذكره في البحر واقره وكذا في النهر وكيف يتوهم هذا مع ان ماذكره المشايخ وقع تقييدا للحكم الذى ذكره المصنف وهو تحكيم مهر المثل وتحكيم مهر المثل خاص بالاختلاف حال الحياة اوبعد موت أحدهما كماذكره الشارح وغيره بخلاف الاختلاف بعد موتهما حيث لايحكم فيه مهر المثل بل القول فيه لورثة الزوج ان وقع الاختلاف فى القدر ولمن ينكر التسمية ان كان الاختلاف فى اصل التسمية فان قلت يمكن ان يتجه ماذكره فى الشرنبلالية باحتمال ان يكون ماذكره المشايخ تقييدا لمذهب الصاحبين فى الاختلاف فى اصل التسمية بعد موتهما فانهما يوجبان مهر المثل كماسيأتى قلت هذا الاحتمال لايتصور من وجهين اما اولا فلان المصنف لم يتعرض لبيان الحكم عند الصاحبين ومن المعلوم ان التقييد انما هو للحكم الذى ذكره المصنف وهو تحكيم مهر المثل واما ثانيا فلان الحكم عند الصاحبين فى هذه المسئلة ليس تحكيم مهر المثل بل وجوب مهر المثل من غير تحكيم والكلام انما هو فى تحكيم مهر المثل (قوله فان نكل اعطاها ألفين) لاقراره او بذله بالنكول زيلعى (قوله ولواقاما البينة فبينتها اولى) لاثباتها خلاف الظاهر لان مهر المثل شاهد له اذ الكلام فيه بقرينة قوله عقب هذا وان كان مهر مثلها ألفين او اكثر الخ والحاصل انه ان اقاما البينة فبينة من لم يشهد له الظاهر اولى كماذكره الزيلعى جازما به ويتفرع عليه مالواقاما البينة وكان مهر المثل شاهدا لها قدمت بينته لاثباتها خلاف الظاهر وان كانت بينتها تثبت الزيادة وسيأتى من الشارح حكاية الخلاف بقوله وقيل بينتها وماوقع فى خط العينى من قوله وان أقاما معا فبينة من يشهد له الظاهر اولى صوابه من لم يشهد كماهو فى بعض النسخ شيخنا (قوله فالقول قولها مع يمينها) حاصله ان القول قول من يشهد له الظاهر على عكس اقامة البينة (قوله فان نكلت وجب لها الالف) الذى اقر الزوج به تسمية لااقرارها به تبين (قوله والف باعتبار مهر المثل) لابالتسمية (قوله وان قام الزوج البينة على ان المسمى الف قبلت بينته) لاثباتها خلاف الظاهر لان مهر المثل شاهد لها (قوله وان اقامت المرأة البينة قبلت أيضا) لاثباتها الزيادة لا لانها اثبتت خلاف الظاهر لما ان الكلام فيما اذا شهد مهر المثل لها فعدم اعتبار اثبات خلاف الظاهر عند عدم تعارض البينتين مما لاخلاف فيه الاترى ان الزوج لواقام البينة قبلت سواء شهد مهر المثل له اولها بخلاف اقامة المرأة البينة فانها لاتنفك عن اثبات احد امرين اما خلاف الظاهر اذا كان مهر المثل شاهدا له اوالزيادة ان لم يشهد له أعم من ان يكون شاهدا لها اولم يكن بان كان بينهما كما سيأتى (قوله فان اقاما البينة فبينته أولى) لاثباتها خلاف الظاهر والحط اذ الظاهر وهو كون مهر مثلها الفين او اكثر شاهد لها شيخنا (قوله وقيل بينتها) نظرا الى أنها أكثر اثباتا لكن جزم الزيلعى وغيره بالاول ومحصله انه ان اقام كل منهما البينة ينظر ان كان مهر المثل شاهدا للزوج قبلت بينتها اتفاقا لاثبات خلاف الظاهر واثبات الزيادة أيضا وان شهد لها قبلت بينته على الراجح لاثبات خلاف الظاهر وقيل بينتها لانها اكثر اثباتا (قوله وان كان مهر المثل ألفا وخمسمائة) لم يرد خصوص الالف والخمسمائة بل اراد به مااذا لم يشهد لواحد منهما بأن كان فوق الالف ودون الالفين (قوله يحلف على دعوى صاحبه) أى على نفى دعوى صاحبه فهو على حذف مضاف (قوله ويجب ان يقرع بينهما) يجب بالحاء المهملة أى يندب قال فى النهر عن غاية البيان ويندب ان يقرع بينهما واختار كثيران الاولى البداءة بيمين الزوج لان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمينين عليه كتقديم المشترى فى التحالف (قوله وجب الالف المسمى به) اى بالنكول (قوله وان حلفا وجب الف تسمية) لاتفاقهما عليه ٢ (قوله والف باعتبار مهر المثل) فيخير الزوج بين جعلها دراهم او دنانير (قوله وان أقاما البينة قضى بألف وخمسمائة) وتهاترت البينتان فى الصحيح لاستوائهما فى الدعوى والاثبات ثم يجب مهر المثل كله فيتخير فيه بين دفع الدراهم والدنانير بخلاف التحالف لان بينة كل واحد تنفى تسمية صاحبه فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل ولا كذلك التحالف لان وجوب قدر مايقر به الزوج بحكم الاتفاق والزائد بحكم مهر المثل كذا ذكره

(٢ قوله والف الخ عبارة الشارح وخمسمائة فليتأمل اه مصححه)

فان نكل أعطاها ألفين على سبيل
التسمية ولا خيار للزوج فى ان يجعلها
دراهم أو دنانير وان حلف أعطاها ألفا
على سبيل التسمية أيضا فان أقامت
المرأة البينة قبلت بينتها وثبت ان
المسمى ألفان وان أقام الزوج البينة
قبلت أيضا وثبت ان المسمى ألف
ولو أقاما البينة فبينتها أولى وان كان
مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول
قولها مع يمينها فيما أنكرت من الحط
عن مهر المثل فان نكلت وجب
لها الالف فان حلفت لم يثبت الحط
ووجب لها ألفان ألف مسمى باتفاقهما
وألف باعتبار مهر المثل فيخير الزوج
فى الالف الذى وجب باعتبار مهر المثل
ان شاء جعلها دنانير وان شاء جعلها
دراهم وان أقام الزوج البينة على ان
المسمى ألف قبلت بينته وان أقامت
المرأة قبلت أيضا فان أقاما البينة فبينته
أولى وقيل بينتها أولى وان كان مهر
المثل ألفا وخمسمائة فان كل واحد
منهما يحلف على دعوى صاحبه
فيحلف الزوج على دعوى المرأة
الزيادة على مهر المثل وتحلف المرأة على
دعوى الزوج الحط عن مهر المثل
ويجب ان يقرع بينهما فى البداءة لعدم
رجحان احدهما فان نكل الزوج
وجب الالفان تسمية وان نكلت وجب
الالف المسمى به وان حلفا وجب الف
تسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل
وايهما اقام البينة قبلت وان اقاما
البينة قضى بألف وخمسمائة وهذا
الذى ذكرنا انه يحكم مهر المثل ثم يتحالفان

الكرمانى وذكر قاضيخان أنه يجب قدرما اتفقا عليه على أنه مسمى والزائد على أنه مهر المثل فيتغير فى الزائد كما فى التحالف زيلعى والظاهر الاوّل بحر (قوله هو قول الرازى) صححه فى النهاية وقال قاضيخان انه الاولى نهر ووجهه انا لا نحتاج الى مهر المثل لان نوجبه بل لنصحح به ما سمياه فلا حاجة الى التحالف مع ان المذكور فى شرح الجامع الصغير تخريج الرازى زيلعى واراد بقوله هو قول الرازى أى وجوب التحالف فى فصل واحد وهو ما اذا خالف مهر المثل قولهما فاذا وافق قول أحدهما فالقول قوله مع يمينه من غير تحالف والرازى هو الشيخ ابو بكر الجصاص احمد بن على الرازى من كبار علمائنا العراقيين وهو بالمرتبة العليا والدرجة القصوى فى العلم والورع صاحب التصانيف فى الاصول والفروع وغير ذلك وشارح كتب اصحابنا وكان مولده سنة خمس وثلثمائة ومات سنة سبعين وثلثمائة شيخنا عن الغاية (قوله وقال الكرخى الخ) به جزم المصنف فى باب التحالف حيث قال لو اختلفا فى المهر قضى لمن برهن وان برهنا فللمرأة وان عجزا تحالفا ولم يفسخ النكاح بل يحكم مهر المثل فيقضى بقوله لو كان كما قال اواقل وبقولها لو كان كما قالت او اكثر وبه لو بينهما والكرخى هو الشيخ ابو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخى استاذ المحققين وعلمه وورعه واجتهاده وتصانيفه اشهر من الشمس وهو استاذ أبى بكر الرازى ولد سنة ستين ومائتين وتوفى سنة اربعين وثلثمائة شيخنا عن غاية البيان (قوله ثم يحكم مهر المثل) فالخلاف فى شيئين ظاهرين من كلام الشارح (قوله الاصح قول الكرخى) قال فى البحر ولم ارمن رجح تخريج الرازى والذى رجحه فى المبسوط والمحيط تخريج الكرخى فيحمل كلام المصنف عليه ليطابق ما صرح به فى التحالف قال فى النهر وتقديم الزيلعى وغيره تبعا لصاحب الهداية ما خرجه الرازى يؤذن بترجيحه وصححه فى النهاية وقال قاضيخان انه اولى ولم يذكر فى شرح الجامع الصغير غيره واختيار المصنف له هنا لا ينافى اختيار غيره فى مواضع أخر انتهى لكن فى قوله واختيار المصنف له هنا الخ نظر لان كلام المصنف يحتمل كلا من التخريجين وليس فى كلامه هنا ما يقتضى اختيار أحدهما فيحمل على تخريج الكرخى ليطابق ما ذكره فى التحالف فلهذا والله أعلم قال الحموى بعد نقل كلام النهر وهو كلام اقناعى (قوله وحكم المتعة الخ) هذا اذا كان المسمى دينا وان كان عينا كالعبد والجارية كان لها المتعة الا ان يرضى الزوج بأن تأخذ نصف الجارية لان نصف الالف هناك ثابت بيقين لاتفاقهما على تسمية الالف فكان القضاء بنصفها حكما بالمتيقن وتمليك نصف الجارية ليس ثابتا بيقين لعدم اتفاقهما فلم يمكن القضاء بنصف الجارية الا باختياره فاذا لم يوجد سقط البدلان فوجب الرجوع الى المتعة بحر ونهر عن البدائع (قوله قبل الوطء بها) كذا فى النسخ وصوابه والخلوة بها حموى (قوله بعد الاختلاف) متعلق بقول المصنف طلقها حموى (قوله فان شهدت الخ) أنث الشارح الفعل لكون المرجع مؤنثا وهو المتعة وما فى الدرر من تجريده عن علامة التأنيث لعله باعتبار تأويل المتعة بالتمتع شيخنا عن عزمى زاده (قوله وهو جواب كتاب الجامع الكبير) أى تحكيم المتعة بعد الطلاق قبل الدخول (قوله واما جواب الجامع الصغير الخ) ووفق بينهما بانه وضع المسئلة فى الاصل فى الالف والالفين ومتعة مثلها لا تبلغ نصف الالف الذى يقربه الزوج عادة فلا يفيد التحكيم ووضعها فى الجامع الكبير فى العشرة والمائة ومتعة مثلها تزيد على نصف العشرة عادة فيفيد التحكيم والمذكور فى الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور فى الاصل وكذا المذكور فى هذا الكتاب ساكت عن ذكره فيحمل على ما هو المذكور فى الجامع الكبير زيلعى لكن فى النهر عن البدائع صدر بتحقيق الخلاف وصحح ان القول للزوج ثم حكى التوفيق (قوله وقال أبو يوسف القول قوله بعده وقبله) أى بعد الطلاق وقبله حموى وذكر شيخنا ما نصه الضميران للطلاق انتهى وما قيل من ان الصواب بعد الوطء وقبله لا وجه له لابى يوسف ان المرأة تدعى زيادة والزوج ينكرها والقول قول المنكر ولان الاصل براءة الذمة الا اذا كذبه الظاهر ولان تقوم منافع البضع ضرورى حتى امكن ايجاب شئ لا يصار الى مهر المثل فصار كالخلع والعتق والصلح عن دم العمد

على

هو قول الرازى وقال الكرخى
تحالفان اولا فى الفصول الثلاثة
ثم يحكم مهر المثل وقال شمس
الائمة السرخسى الاصح قول الكرخى
(و) حكم (المتعة) التى لمثلها (لو طلقها
قبل الوطء) بها بعد الاختلاف
او اختلفا بعد الطلاق على قياس قول
ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فان
شهدت لاحدهما فالقول له مع يمينه
وان كانت بين الامرين بان كانت اقل
مما ادعته واكثر مما ادعاه حلف كل واحد
منهما على دعوى صاحبه وهو جواب
كتاب الجامع الكبير واما جواب الجامع
الصغير والاصل فان القول قول
الزوج فى نصف المهر وقال ابو يوسف
القول قوله بعده وقبله الا ان يأتى بشئ
قليل ثم اختلفوا فى معنى قوله قال
بعضهم

عـلى مال وكالاجارة ولهما ان القول فى الدعاوى قول من يشهدله الظاهر والظاهر شهدلمن يشهدله مهر المثل فصار كالصباغ مع صاحب الثوب اذا اختلفا فى مقدار الاجر تحكم قيمة الصبغ زيلعى وقوله وكالاجارة أى فانه لا يحكم فيها بأجرة المثل شلبي (قوله ان يدعى مادون العشرة) لانه مستنكر شرعا قال الوبرى هذا اشبه بالصواب زيلعى واختاره فى فتح القدير بحر (قوله والاصح ان مراده الخ) لانه مستنكر عرفا قال قاضيخان وهو الاصح زيلعى (قوله ولو فى أصل المسمى) يجب مهر المثل اتفاقا سواء كان ذلك فى حياتهما أو بعد موت أحدهما ولو بعد الطلاق قبل الدخول وجبت المتعة لانه هو الاصل عندهما وعند الثانى تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه كذا فى الهداية واستشكله الزيلعى بان محمدا مع الثانى فى ان المسمى هو الاصل كما صرح به فيما اذا تزوجها على هذا العبد او هذا العبد واجاب فى البحر بأنه اصل فى التحكيم لا بالنسبة الى المسمى وقد مر فيما لو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد ما يغنيك عن هذا الجواب ومافيه من التعسف نهر قلت ما اعترض به الزيلعى على الهداية وقع فيه هو حيث قال فى بيان رد قول أبى يوسف ان القول للزوج الا ان يأتى بشئ قليل لان المرأة تدعى زيادة والزوج ينكرها ولهما ان القول فى الدعاوى قول من يشهدله الظاهر والظاهر يشهدلمن يشهدله مهر المثل اذ هو الموجب الاصلى فى باب النكاح انتهى فجعل محمدا مع أبى حنيفة فى ان مهر المثل هو الموجب الاصلى (قوله يجب مهر المثل اجماعا) اما عندهما فظاهر لان احدهما يدعى التسمية والآخر منكر فالقول قول المنكر وكذا عند أبى يوسف لتعذر القضاء بالمسمى بخلاف ما تقدم لانه امكن القضاء بالمتفق عليه وهو الاقل مالم يكن مستنكرا زيلعى واذا وجب مهر المثل لا يزاد على ما تدعيه ولا ينقص عما ادعاه ويحلف منكر التسمية بالاجماع ومافى صدر الشريعة من انه لا يحلف عند الامام وهم فان نكل ثبت المسمى وان حلف وجب مهر المثل نهر وقوله لا يزاد على ما تدعيه يعنى لو ادّعت هى التسمية وانكرها الزوج فلا يشكل بقوله ولا ينقص عما ادّعاه لانه يجب حمله على ما اذا كان بعكس ما سبق بان ادّعى هو التسمية وانكرتها هى فسقط ماعساه يقال فى قوله لا يزاد على ما تدعيه ولا ينقص عما ادّعاه نظر لانه يقتضى ان الاختلاف فى المقدار مع ان الكلام انما هو فيما اذا كان الاختلاف فى اصل المسمى هل كان ام لا (قوله فالجواب فيه كالجواب فى حال حياتهما الخ) بالاتفاق لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما وكذا لو طلقها بعد الدخول كما سبق عن الزيلعى (قوله فى الاصل والمقدار) فان كان الاختلاف بين الحى وورثة الميت فى الاصل بأن ادعى الحى ان المهر مسمى وورثة الآخر انه غير مسمى او بالعكس وجب مهر المثل وان كان الاختلاف فى المقدار حكم مهر المثل (قوله حق التركيب فلو) لان الواو توهم ان الشرط واصل والواصل لا يذكر له جواب وهنا الجواب مذكور حموى (قوله ويجوز ان تكون لو للوصل) وجهه ان ذكر الجواب لا يمنع كون الشرط واصلا وان كان الاكثر عدم الذكر حموى وقوله فى النهر ولو كان الاختلاف فى القدر فضلا عن كونه فى اصل المسمى يشير الى انها للوصل وأقول جعلها للوصل يقتضى ان ما ذكره المصنف من ان القول لورثته لا فرق فيه بين ان يكون الاختلاف فى القدر أو الاصل وليس كذلك لانهم ان اختلفوا فى اصل التسمية بعد موتهما فعند أبى حنيفة القول لمن ينكر التسمية وعندهما يقضى بمهر المثل كما سيأتى فيتعين التعبير بالفاء بدل الواو أو حذف الواو اصلا ومن هنا تعلم مافى عبارة العينى من الخلل والتناقض اما الخلل فوجهه ما ذكر بعد ان قال فكلمة لو واصلة بما قبله حيث قال فالتقدير القول لورثته لو كان فى اصل المسمى ولو كان فى القدر أيضا القول قول ورثة الزوج فقد سوى فى ان القول قول ورثة الزوج سواء كان الاختلاف فى اصل المسمى أو فى المقدار وليس كذلك ألا ترى الى قول الزيلعى أى ان مات الزوجان ووقع الاختلاف بين الورثة فى مقدار المسمى فالقول لورثة الزوج الى ان قال ولو وقع الاختلاف بعد موتهما فى اصل التسمية فالقول قول من ينكر وأما وجه التناقض فقوله آخرا وان اختلفت ورثتهما فى نفس التسمية فان قالت ورثة الزوج لم يكن مهر وقالت

ان يدعى مادون العشرة والاصح ان مر
ان يدعى شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل
تلك المرأة بذلك المهر عادة (ولو) اختلفا
(فى اصل المسمى) فى حال الحياة فانكر
احدهما التسمية والآخر ادّعاها ولم
تقم البينة على ما ادّعى وحلف منكر
التسمية (يجب مهر المثل) اجماعا
وان كان الاختلاف بعد موت احدهما
بان اختلف الحى مع ورثة الميت
فالجواب فيه كالجواب فى حال حياتهما
حال قيام النكاح فى الاصل والمقدار
(وان ماتا) واختلف ورثتهما (ولو)
كان الاختلاف حق التركيب فلو
ويجوز ان تكون لو للوصل (فى القدر

ورثة المرأة كان المهر مسمى فالقول قول من ينكر التسمية الخ ومحصله ان الصواب الموافق لكلام الشراح ماذكره آخرا (قوله فالقول لورثته) فما اعترفوا به لزمهم والالا وجعله كالاختلاف فى حياتهما قال فى القدر حكم مهر المثل على قول محمد وابو يوسف مر على اصله فى ان القول للزوج ويحلف الوارث الا ان يأتى بشئ قليل نهر (قوله ولا يحكم بمهر المثل) واصل الخلاف انه لا حكم لمهر المثل بعد موتهما عنده وعندهما له حكم زيلعى (قوله وليس فى قوله استثناء القليل الى قوله وجاز ان يستثنى القليل عنده) الظاهر ان المراد بالقليل الذى تردد الشارح فى استثنائه عند الامام خصوص مالا يصلح مهر المثل عرفا لاشرعا بان كان عشرة دراهم فأكثر اذ لو ثبت ورثة الزوج مادون العشرة ينبغى ان لا يتردد فى استثنائه (قوله فى الفضل) أى فيما زاد على مهر المثل (قوله ولا يقضى بشئ) لان موتهما يدل على انقراض اقرانهما ظاهرا فمهر من يقدر القاضى مهر المثل وفى المبسوط المستحق بالنكاح ثلاثة اشياء المهر المسمى وهو اقواها والنفقة وهى اضعفها ومهر المثل وهو المتوسط فالاقوى لا يسقط بالموت والاضعف يسقط بموت احدهما والمتوسط يسقط بموتهما لا بموت احدهما زيلعى بقى ان يقال ظاهر كلام الزيلعى يقتضى ان النفقة لا تسقط الا بالموت وليس ذلك على اطلاقه بل بالنسبة للنفقة المقررة اما غيرها فبمضى الزمان تسقط وهل الطلاق كالموت تسقط به المقررة أيضا ام لا فيه خلاف واعلم انه يستثنى من سقوط المقررة اى المفروضة بالقضاء اوالرضا بالموت ما اذا استدانت بأمر القاضى (قوله وعندهما يقضى بمهر المثل) الا اذا برهن الوارث على الايفاء او على اقرار ورثتها به لانه كان دينا فى ذمته فلا يسقط بالموت كالمسمى واستدل للامام فى الكتاب على ذلك بقوله أرايت لو ادعى ورثة على على ورثة عمر مهر ام كلثوم بنت على اكنت اقضى فيه بشئ وهذا يشير الى ان عدم القضاء به عند تقادم العهد اما اذا لم يتقادم فانه يقضى به والخلاف مقيد بما اذا لم تقم بينة على المهر فان اقامها الوارث قضى بها على ورثة الزوج وعبارته فى المحيط قال ابو حنيفة لا اقضى بشئ حتى يثبت بالبينة اصل التسمية نهر (قوله وعليه الفتوى) كذا فى قاضيخان شيخنا (قوله ومن بعث الى امرأة شيئا) من النقدين أو العروض او مما يؤكل قبل الزفاف او بعدما بنى بها نهر (قوله وقال هو من المهر) او الكسوة او عارية نهر (قوله فالقول له) لانه المملك فكان اعرف بجهة التمليك زيلعى وقد أنكره كيف والظاهر انه يسعى فى اسقاط الواجب عن ذمته حموى قال فى الفتح وينبغى ان جميع ماذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لان المعتاد ارساله على وجه الهدية فالظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له الا فى الثياب المحمولة مع السكر ونحوه اه أقول وينبغى ان لا يقبل قوله ايضا فى الثياب المحمولة مع السكر ونحوه للعرف نهر واقول ينبغى ان يكون القول لها فى غير النقود للعرف المستمر هذا اذا لم يذكر مصرفا فان ذكره كقوله اصرفوا بعض الدراهم الى الشمع والبعض الى الحناء ثم قال هى من المهر لم يقبل قوله كما فى القنية قيد بدعواه المهر لانها لو قالت هو منه وقال وديعة فان من جنسه فالقول لها والا له زيلعى (تتمة) زفت اليه بلا جهاز يليق به فله مطالبة الاب بما دفعه اليه من الدراهم أو الدنانير الا اذا سكت طويلا نهر وينبغى ان تكون المطالبة بالكل انما هو فى الوجه الاول بان لم يجهزها أصلا ولو جهز بنته وسلمه اليها ليس له فى الاستحسان استرداده منها وعليه الفتوى ولو اخذ اهل المرأة منه شيئا عند التسليم فله استرداده لانه رشوة بحر عن المنتقى وفى النهر عن المرغينانى الصحيح انه لا يرجع على الاب بشئ لان المال فى النكاح غير مقصود والمختار فى مسئلة الجهاز ان العرف ان كان مستمرا ان الاب يدفع الجهاز ملكا لا عارية كما فى ديارنا فالقول للزوج وان كان مشتركا فالقول للاب اه والام كالاب فى تجهيزها تنوير واستحسن فى النهر تبعا لقاضيخان ان الاب ان كان من الاشراف لا يقبل قوله انه عارية (تكميل) دفعت لابنتها اشياء من امتعة الاب بحضرته وعلمه وكان ساكتا وزفت الى الزوج فليس للاب ان يسترد ذلك من ابنته لجريان العرف به وكذا لو انفقت الام

فالقول لورثته) عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحكم بمهر المثل وليس فى قوله استثناء القليل وجاز ان يستثنى القليل عنده وعند أبى يوسف القول قول ورثة الزوج فيما أقروا به الا ان يأتوا بشئ قليل وعند محمد القول قول ورثة المرأة الى تمام مهر مثلها والقول لورثة الزوج فى الفضل كما فى حال الحياة وان اختلفوا فى اصل التسمية بعد موتهما فعند ابى حنيفة رحمه الله تعالى القول لمن ينكر التسمية ولا يقضى بشئ وعندهما يقضى بمهر المثل كما فى حال الحياة وعليه الفتوى واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من تركة الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شئ لورثتها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لورثتها المسمى فى الوجه الاول ومهر المثل فى الثانى (ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال هو من المهر فالقول له)

في جهازها ماهو متعارف من مال الاب وهو ساكت لم تضمن وهما من المسائل الثمان والاربعين التي السكوت فيها كالنطق تنوير وشرحه (قوله مع يمينه) فان حلف والمبعوث قائم فلها ان ترده وترجع بباقي المهر وان كان هالكا فان كان مثليا ردت مثله والالم ترجع ولو بعث الى امرأته شيئا وبعث أبوها اليه شيئا ثم قال هو من المهر فان كان من مال الاب وكان قائما رجع به وان من مال البنت باذنها لم ترجع زيلعي عن الذخيرة قال في النهر وينبغي ان ترجع ايضا اخذا مما ذكره البزازي فيما اذا كان التعويض من الزوجة حيث كان لها ان ترجع اذا ادعى انه من المهر معللا بان المرأة زعمت أن الاعطاء كان عوضا عن الهبة ولم تثبت الهبة فلا يثبت العوض انتهى ولا خفاء ان هذا التعليل يأتي في تعويض أبيها من مالها باذنها وأقول مانقله في النهر عن البزازي نقله الزيلعي أيضا عن فتاوى اهل سمرقند ونصه رجل تزوج امرأة وبعث اليها بهدايا وعوضته المرأة ثم فارقها وقال انما بعثت اليك ذلك عارية فاراد ان يسترد ذلك وارادت المرأة ان تسترد العوض فالقول له في الحكم لانه انكر التمليك فاذا استرد ذلك منها كان لها ان تسترد ماعوضته انتهى (قوله في غير المهيا للاكل) وهو مالا يفسد بالبقاء كالعسل والسمن والشاة الحية نهر فمقتضى التقييد بالشاة الحية ان اللحم مطلقا نيئا كان أو مشويا من قبيل المهيا للاكل لانه يفسد بالبقاء وهذا هو الظاهر من قول الشارح كاللحم لانه باطلاقه شامل للنيء وتقييده في الدرر بالمشوي اما ان يقال انه اتفاقي أو ليعلم الحكم فيه بالطريق الاولى لان تسارع الفساد اليه اكثر (قوله فان القول فيه قولها) مع اليمين كما في الدراية لان الظاهر شاهد لها للعرف ومن هنا قال الفقيه المختار ان ماعليه من الخمار والدرع ونحو ذلك لا يقبل قوله فيه لان الظاهر يكذبه بخلاف مالا يجب كالخف والملاءة لكن هذا انما ينفي احتسابه من المهر أما الكسوة فلا لان الظاهر معه في هذا واعلم انه يجب خف امتها لاخفها لانها منهية عن الخروج حموي عن البرجندي (قوله وقيل ما يجب عليه من الخمار الخ) قال الفقيه أبو الليث انه المختار للفتوى وقوله وغيرهما كمتاع البيت حموي عن الاكمل (قوله ولو نكح ذمي) شروع في بيان مهور الكفار بعد مهور المسلمين ومافي غاية البيان بيان لانكحتهم ليس بسهو كما في البحر لانه اراد به بيان حكم انكحتهم ولا شك ان المهر من احكامه نهر وتعقبه الحموي بان التسمية مبنية على الظاهر وأما المراد فلا يدفع الايراد على انه كان الظاهر ان يقال في بيان مراده أراد بيان مهور انكحتهم انتهى ولو عبر بالكافر ليعم المستأمن لكان أولى لانه كالذمي نهر عن العناية (قوله بميتة) سواء كانوا يتمولونها كالموقوذة أولا كالميتة حتف نفسها أو دم نهر والموقوذة من وقذه ضربه حتى استرخى وأشرف على الموت ووقذ به وعد شيخنا عن المختار (قوله فلا مهر لها) ولو أسلما أو ترافعا الينا نهر وكذا الامتعة لها كما يشير اليه قول الشارح الاتي في بيان مذهبهما والمتعة ان طلقها قبل الدخول حموي (قوله وعندهما لها مهر المثل) لان أهل الذمة التزموا احكامنا في المعاملات والنكاح منها ولهذا جرت عليهم احكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث وخيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثا ونكاح المحارم وله انهم لم يلتزموها فيما يعتقدون خلافه الا ماشرط عليهم كبيع متروك التسمية ولان المهر حق الله والكافر غير مخاطب به بخلاف الاحكام التي ذكرت نهر وزيلعي (قوله في المسئلة روايتان) يعني عن الامام ففي احدى الروايتين عنه يجب مهر المثل لانها لم ترض بغير بدل زيلعي وهذا ظاهر الرواية فتح (قوله والاصح ان الكل على الخلاف) فعنده لا يجب شيء بدون اعتقادهم لانها لما رضيت بما ليس بمال ولا قيمة له فقد رضيت بغير بدل ولانه لو وجب لوجب حقا لله والكافر غير مخاطب به ولا يجب حقا لها لرضاها بدونه زيلعي (قوله وعند زفر لها مهر المثل ان مات عنها الخ) لان الخطاب عام والنكاح لم يشرع بغير المال ولهما ان أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف أهل الذمة فان أحكام الاسلام جارية عليهم ولابي حنيفة ان أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات ولهذا لا نمنعهم عن شرب الخمر وأكل الخنزير وبيعهما

مع يمينه (في غير) الطعام (المهيا للاكل
كاللحم والخبز فان القول فيه قولها ولا
يكون مهرا اجمال وقيل ما يجب عليه
من الخمار والدرع وغيرهما ليس له ان
يحسبه من المهر (ولو نكح ذمي ذمية
بميتة او بغير مهر و) الحال ان (ذا)
أي النكاح بغير المهر (جائز عندهم
فوطئت او طلقت قبله او مات) الذي
قبله (عنها) او ماتت عنه (فلا مهر لها)
وعندهما لها مهر المثل ان مات عنها
او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل
الدخول بها وكذلك عند زفر وانما
وضع المسئلة فيهما لان في المسلمين
يجب مهر المثل اجماعا وقيدنا بالجواز
لانهم ان اعتقدوا وجوب المهر حال ترك
التسمية او النفي يجب المهر كذا في
مبسوط شيخ الاسلام قوله او بغير مهر
يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل
في المسئلة روايتان والاصح ان الكل على
الخلاف (وكذا الحربيان ثمة) اي في
دار الحرب اذا نكحا الى آخره لا مهر لها
عند الثلاثة وعند زفر لها مهر المثل
ان مات عنها او دخل بها وانما قيد
بدار الحرب لانهما لو نكحا في دارنا
فالاظهر وجوب مهر المثل عند أبي
يوسف ومحمد (ولو تزوج ذمي ذمية

و ولاية الالزام بالسيف والمحاجة وكل ذلك منقطع باعتبار عقد الذمة فانا امرنا ان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب زيلعي وهذا الترك ترك اعراض لا تقرير كما سيذكره اول نكاح الكافر واعلم ان المراد بالاحكام في قول الزيلعي بخلاف اهل الذمة فان احكام اهل الاسلام جارية عليهم الاحكام المتفق عليها لا المختلف فيها صرح بذلك اول نكاح الكافر فليس المراد بالاحكام مطلقها (قوله بخمر عين او خنزير عين) اى مشار اليهما نهر وفيه تأمل لان التعيين قد يكون بغير الاشارة كالتعيين بالاضافة الى نفسه او باللام العهدية حموي واعلم ان التقييد به للاحتراز عن غير المعين منهما بان جعلهما دينا في الذمة كما في شرح العيني (قوله فاسلما قبل القبض الخ) ولم يقيده به لان التفرقة بين المعين وغيره انما تتأتى في هذه الحالة اما بعد القبض فليس لها الا ما قبضته ولو كان غير معين وقت العقد نهر (قوله لها الخمر والخنزير) فتخلل الخمر وتسيب الخنزير (قوله لها قيمة الخمر ومهر المثل في الخنزير) انما وجب لها قيمة الخمر لانه من ذوات الامثال وليس اخذ قيمته كاخذ عينه بخلاف الخنزير لانه من ذوات القيم فاخذ قيمته كاخذ عينه حيث كانت القيمة بدلا عنه كما في مسئلتنا اما ان كانت بدلا عن غيره كما لو اشترى ذمي من مثله دارا بخنزير وشفيعها مسلم فانه يأخذها بقيمة الخنزير وفي الحواشي السعدية ولك ان تقول كذلك فيما نحن فيه بدل عن منافع البضع وانما صير اليها لتقديرها او رده في النهر بانا لا نسلم انها بدل عن منافع البضع اذ منافعه انما قوبلت بالخنزير وبالاسلام تعذر اخذ القيمة لما مر فصير الى مهر المثل حموي (قوله وقال ابو يوسف لها مهر المثل في المعين وغير المعين الخ) وهو قوله الآخر وقال محمد لها قيمتهما في الوجهين وهو قول ابي يوسف الاول لهما ان القبض مؤكد للملك في المعين حتى لو طلقها قبل الدخول بها بعد القبض لا يثبت ملك الزوج في النصف الا بالقضاء او التراضي على الاسترداد وقبل القبض يثبت له بنفس الطلاق ولهذا لو هلك قبل القبض كان على الزوج وبعده عليها فكان للقبض شبهة العقد فيمتنع بالاسلام الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط فصار كالبيع وفي غير المعين موجب للملك اذ لا يملك قبله فكان القبض ابتداء تملك العين فيمتنع بالاسلام كالعقد فاذا امتنع تسليم المعين فابو يوسف يقول يجب مهر المثل كما لو انشأ العقد بعد الاسلام ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم بالاسلام فتجب قيمته كما اذا هلك المسمى قبل القبض ولابي حنيفة ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه من البيع والهبة وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب بخلاف المشتري بفتح الراء لان ملك التصرف فيه قد ثبت بالقبض فصار كالعقد وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام فيتعذر قبضه فاذا تعذر القبض لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولهذا لو اتى لها بقيمة الخنزير تجبر على الاخذ ولا كذلك الخمر زيلعي فما في النهر من قوله لو اتى لها بقيمة الخنزير لا تجبر على قبوله صوابه تجبر بحذف لا اى اتاها بقيمة الخنزير قبل الاسلام بحر (قوله ولو طلقها قبل الدخول الخ) فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة لانها حكم مهر المثل ومن اوجب القيمة اوجب نصفها زيلعي ولا فرق في هذا بين المعين وغيره بالنسبة لمذهب الصاحبين فالفرق بينهما انما هو على مذهب الامام ففي المعين لها نصف العين وفي غير المعين لها نصف القيمة في الخمر والمتعة في الخنزير وهو ظاهر

(فروع) الوطء في دار الاسلام لا يخلو عن حد او مهر الا في مسئلتين صبي نكح بلا اذن وطاوعته وبائع امة قبل التسليم و يسقط من الثمن ما قابل البكارة والا فلا * تدافعت جارية مع اخرى فزالت بكارتها لزمها مهر المثل * لابي الصغيرة المطالبة بالمهر وللزوج المطالبة بتسليمها ان صلحت للرجال ولا عبرة بالسن فلو تسلمها فهربت لم يلزمه طلبها * خدع امرأة واخذها حبس الى ان يأتي بها او يعلم موتها * ولو وهبته المهر ووكلته بقبضه صح ولو احالت به انسانا ثم وهبته للزوج لم يصح وهذه حيلة من يريد ان يهب ولا يصح در مختار

بخمر) عين (او خنزير عين فاسلما) قبله قبل القبض (او) اسلم (احدهما) من (لها الخمر والخنزير وفي غير العين) (لها قيمة الخمر ومهر المثل في الخنزير) وهذه المسائل عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال ابو يوسف لها مهر المثل في المعين وغير المعين وقال محمد لها القيمة في المعين وغير المعين ولو طلقها قبل الدخول ففي المعين لها نصف العين عند ابي حنيفة وفي غير المعين من الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة بكل حال وعند ابي يوسف لها المتعة بكل حال والله اعلم

(باب نكاح الرقيق) (لم يجز) أي لم ينفذ (نكاح العبد والامة والمكاتب) والمكاتبة (والمدبر)

(باب نكاح الرقيق)

لما فرغ من بيان نكاح الاحرار شرع فى بيان نكاح الارقاء وقدمه على الكافر لان الاسلام فيهم غالب وقيل لان الرق يتحقق فى المسلم بقاء وان لم يتحقق ابتداء والرقيق العبد كذا فى المغرب وفى الصحاح الرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع قال فى البحر والمراد هنا المملوك لقولهم ان الكافر اذا اسر فهو رقيق لا مملوك واذا اخرج يعنى الى دار الاسلام فهو مملوك فكل مملوك رقيق ولا عكس والمسئلة فى فتح القدير حيث قال أوّل ما يؤخذ الاسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الاسلام انتهى واعترضه فى النهر بان بعد ثبوت هذه التفرقة لا حاجة الى هذا الحمل وان الاسير لو تزوّج بعد أخذه قبل احرازه ينبغى ان يكون نكاحه موقوفا حموى وفيه نظر من وجوه اما اوّلا فلان ماذكره من قوله ينبغى ان يكون نكاحه موقوفا مخالف لما فى النهر ونصه بعد ان نقل عن فتح القدير هذه التفرقة قال ومقتضاها ان الامة لو تزوّجت فى هذه الحالة اى قبل الاحراز بدار الاسلام لا يتوقف نكاحها بل يبطل لانه لا مجيز له آن وقوعه واما ثانيا فلان صاحب البحر لم ينقل هذه التفرقة عن فتح القدير بل الناقل لها هو صاحب النهر واما ثالثا فلان صاحب النهر ليس فى كلامه شائبة الاعتراض على صاحب البحر اصلا بل ما نقله عن فتح القدير فيه تقوية لما ذكره فى البحر وأما رابعا فقوله بعد ثبوت هذه التفرقة لا حاجة الى هذا الحمل أى حمل صاحب البحر الرقيق على المملوك كلام صدر عن غير تأمل لانه حيث كان الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يوصف بالمملوك بل بالرقيق وقد علمت انه اذا نكح الرقيق قبل الاحراز لا يتوقف نكاحه بل يبطل كان حمل الرقيق على المملوك متعينا اذ هذا الباب معقود للموقوف ووجه تعين هذا الحمل ما علمته من عدم استلزام الرق لثبوت الملك فدعوى انه لا حاجة الى هذا الحمل غير مسلمة واعلم ان مناسبة هذا الباب بباب المهر هى ان الرقيق يصلح ان يكون مهرا كما اذا تزوج رجل امرأة على رقيق حموى واذا كان الرقيق غير مشار اليه يجب لها الوسط أو القيمة ووسط الرقيق هو الحبشى وتقدم عن الدر المختار وغيره ان وسط العبيد هو الحبشى والادنى الاسود والاعلى الابيض وقدمنا ان هذا خلاف ما عليه العرف الآن وان العبد متى أطلق لا ينصرف الا الى الاسود (قوله لم يجز أى لم ينفذ) بقرينة سابقه وهو قوله ونكاح العبد والامة بلا اذن السيد موقوف ولاحقه وهو قوله وطلقها رجعية اجازة للنكاح الموقوف على ان عدم الجواز فى المعاملات التى منها النكاح يكون بمعنى عدم النفاذ يعنى يستعمل فيه حقيقة من غير احتياج لقرينة وقد نقل فى البناية تغييره هنا بما ذكره عن مولانا العلامة حافظ الدين نعم دعوى التكرار مع احسنية ما مر ظاهرة كما قال العينى غير ان ماذكر فى بابه لا يعد مما ذكر قبله استطرادا تكرارا فسقط ما قيل الصواب ان يقول لم ينفذ حموى قال واعلم ان نكاح العبد حال التوقف سبب للحال متأخر حكمه الى وقت الاجازة فبها ظهر الحل من وقت العقد كالبيع الموقوف سبب للحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولهذا ملك الزوائد بخلاف تفويض الطلاق الموقوف لا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة ولا يستند لانه مما يقبل التعليق فجعل الموجود من الفضولى متعلقا بالاجازة فعندها يثبت للحال بخلاف الاوّلين لعدم صحة تعليقهما وهذا هو الضابط فيما يستند وما يقتصر من الموقوف (قوله نكاح العبد) لو قال نكاح القن لاغناه عن ذكر الامة نهر وفيه تأمل لان القن وان شمل الامة لا يشمل المكاتب والمدبر وام الولد لان القن هو خالص العبودية وعلى هذا اصطلاح الفقهاء كما نقله الحموى عن البرجندى فلو عبر بالمملوك لكان أولى لشموله من ذكر ومن فى حكمهم كمعتق البعض فانه كالمكاتب عند الامام وولد ام الولد من غير المولى فانه كام الولد لان الملك فى الكل قائم ولهذا يعتقون اذا قال المولى كل مملوك لى حر قال فى المبسوط ويستثنى من قولهم ابن ام

والمدبر (وام الولد الا باذن السيد) وأجازته وقال مالك يجوز للعبد ان يتزوج بغير اذن مولاه وأما الامة فلا يجوز اجماعا وكل مهر وجب للامة بعقد او دخول

الولد من غير المولى كامه مالو اشترى ابن ام ولده من غيرها بان استولد جارية بالنكاح ثم فارقها فزوجها المولى من غيره فولدت ثم اشترى الجارية مع الولدين فالجارية تكون ام ولده وولده وولدها من غيره له بيعه اه اللهم الا ان يقال انها حين ولدته لم تكن ام ولده فلا استثناء قال في النهر ولم ار حكم نكاح رقيق بيت المال والرقيق في الغنيمة المحرزة بدارنا قبل القسمة والوقف اذا كان باذن الامام والمتولي وينبغي أن يصح في الامة دون العبد ثم قال ورأيت في البزازية لا يملك تزويج العبد الا من يملك اعتاقه قال الحموي فعلى هذا ينبغي انه لو تزوج واحد ممن ذكران يكون باطلا اه واعلم ان ظاهر قوله ينبغي انه لو تزوج واحد مما ذكر ان يكون باطلا يقتضي البطلان مطلقا بلا فرق بين العبد والامة وليس كذلك وسيأتي عن الدرر ما يفيد الفرق بين العبد والامة فالعبد لا يملك تزويجه الا من يملك اعتاقه بخلاف الامة فانه يملك تزويجها من لا يملك اعتاقها (قوله وام الولد) سئل عمن تزوج ام ولد برضاها بغير اذن مولاها ثم اعتقها فلو قال جاز اولم يجز فقد أخطأ ونقول ان وطئها قبل اعتاق مولاها جاز النكاح وان لم يطأ لم يجز كذا في تنبيه المجيب من الكبرى وفي فتاوى قاضيخان ولم يدخل بها يجب عليها العدة ويتأكد فراش المولى فلا يجوز ذلك النكاح حموي عن ابن الحلبي (قوله الا باذن السيد) والمراد بالسيد من له ولاية التزويج مالكا كان أولا اذ الاب والجد والقاضي يملكون تزويج امة اليتيم دون العبد وكذا المكاتب والمفاوض نهر وعبارة الدرر أفيد حيث قال اعلم ان من لا يملك اعتاق العبد لا يملك تزويجه بخلاف الامة فالاب والجد والقاضي والوصي والمكاتب والشريك المفاوض يملكون تزويج الامة لا العبد والعبد المأذون والصبي المأذون والشريك شركة عنان لا يملكون تزويجهما أيضا اهـ لكن قوله في الدرر في القسم الاول أعني ما يفترق فيه الحكم بين الامة والعبد والولي صوابه حذفه كذا بخط شيخنا أي حذف قوله والولي قيد بالنكاح لان التسري باذنه غير جائز وربما فعله بعض التجار فيدفع لعبده جارية يتسرى بها فيجب التحرز عن مثله لان النكاح لا يثبت شرعا الا بملك اليمين أو عقد النكاح والاول منتف فتعين الثاني نهر (قوله واجازته) عطفها على الاذن عطف تفسير ثم اذن السيد يثبت صريحا كاجزت ورضيت وأذنت ودلالة قولا نحو هذا حسن أو صواب أو نعم ما صنعت وفعلا نحو ان يسوق اليها مهرها أو شيأ منه بخلاف الهدية عيني قال الفقيه أبو القاسم لا يكون شيء من هذه الاقوال اجازة والاول اختيار أبي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد الا اذا علم انه قاله على وجه الاستهزاء والاذن بالنكاح لا يكون اجازة فان أجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولي اذا وكل فاجاز ما صنعه قبل التوكيل وكالعبد اذا زوجه فضولي فاذن له مولاه في التزوج فاجاز ما صنعه الفضولي زيلعي (قوله وقال مالك يجوز للعبد أن يتزوج بغير اذن مولاه) لانه يملك الطلاق فيملك النكاح هداية ثم للسيد ان يطلق عليه ويكون طلاقا وكذا لو طلقها العبد قبل اجازة المولى يكون طلاقا بخلاف الامة فان العقد عليها بغير اذنه باطل ولا يصح باجازته وعنه للسيد فسخه أو تركه كنكاح العبد وهي شاذة ولنا قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء والنكاح شيء فلا يقدر عليه وقال عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر والمدبر وام الولد والمكاتب ما بقي عليه درهم عبد فيتناوله اللفظ ولان في تنفيذ نكاحهم تعييبهم اذ النكاح عيب فيهم فلا يملكونه بغير اذن مولاهم ولا يقال ان اقرار العبد بالحدود والقصاص مقبول مع انه تعييب بل فيه اهلاك فالنكاح أولى لانا نقول لا يدخل العبد تحت ملك المولى فيما يتعلق به خطاب الشرع وهذه الاحكام تجب عقوبة جزاء على ارتكابه المحظور زجرا للعباد عن الفساد وذلك بالآدمية وملكه يثبت من حيث المالية وما ثبت من التعييب في ضمنه ضروري فلا يبالي به زيلعي ومعنى عاهر في الحديث زان نهر (قوله وأما الامة فلا يجوز اجماعا) لا ينافي دعوى الاجماع ما سبق عن الامام مالك من ان الامة لو تزوجت بغير اذن المولى فله فسخه أو تركه كنكاح العبد لشذوذها (قوله وكل مهر وجب للامة) ولو مدبرة أو أم ولد حموي عن البدائع (قوله بعقد أو دخول) أي بعقد اذا كان النكاح صحيحا أو دخول اذا كان فاسدا والمراد بالدخول

خصوص الوطء (قوله فهو للمولى) أي ينتقل للمولى ففي فتح القدير ان مهر الامة يثبت لها ثم ينتقل الى المولى حتى لو كان عليها دين قضى من المهر حموي (قوله واما المكاتبة الخ) لانها حرة يدا الا ترى ان المولى يلزمه العقر بوطئها والارش بالجناية عليها ومعتقة البعض فى حكم المكاتبة عند الامام (قوله باذنه) قيد به لانه لو تزوج بغير أمره لا يباع به بل يطالب بعد الحرية كما اذا لزمه الدين باقراره عيني (قوله فالمهر دين فى رقبته) لان هذا الدين ظهر فى حق المولى فاشبه ديون المأذون له فى التجارة فيتعلق برقبته دفعا للضرر عنها الا ان ذمته ضعيفة فلو لم يتعلق برقبته لتضررت زيلعي (قوله بيع فى مهرها) أي باعه سيده مرة واحدة لانه دين تعلق برقبته وقد ظهر فى حق المولى فيؤمر ببيعه فاذا امتنع باعه القاضي بحضرته الا اذا رضي أن يؤدى قدر ثمنه حموي ونهر عن المحيط وينبغي حمله على ما اذا كان مهرها قدر الثمن أو أكثر فلو دونه لم يلزمه اداء كل الثمن بل قدر المهر فقط وهو ظاهر ثم اذا بيع مرة ولم يف الثمن بالمهر لا يباع ثانيا بل يطالب بالباقى بعد العتق الا اذا باعه منها در عن الخانية بخلاف النفقة حيث يباع بها مرة بعد اخرى لانها تجب ساعة فساعة فلم يقع البيع بالجميع وما فى الزيلعي وغيره من انه لو مات العبد سقط المهر والنفقة لفوات محل الاستيفاء محمول على ما اذا لم يترك كسبا كما فى النهر هذا اذا تزوج باجنبية أما اذا زوج عبده امته اختلف المشايخ فمنهم من قال يجب المهر ثم يسقط لان وجوبه حق الشرع ومنهم من قال لا يجب لاستحالة وجوبه للمولى على عبده عيني الا اذا كانت الامة مأذونة مديونة فانه يباع أيضا والمراد بالمهر ما يشمل مهر المثل والمتعة لو طلقها قبل الدخول نهر (قوله وسعى المدبر والمكاتب) وولد أم الولد ومعتق البعض لعدم قبول النقل من ملك الى ملك ويوفى المهر من كسبهم كما فى دين التجارة عيني أما المكاتب ففى جميع قيمته وأما المدبر ففى ثلثى قيمته ويعطيان المهر من كسبهما فاذا اتمت السعاية عتقا وحينئذ ان بقى من المهر شئ فلها ان تطلبه منهما كذا يستفاد من البرجندى واذا عجز المكاتب ورد فى الرق صار المهر دينا فى رقبته يباع فيه الا اذا ادى المهر مولاه أو استخلصه كما فى القن وقياسه ان المدبر اذا عاد الى الرق وحكم الشافعي ببيعه ان يصير المهر فى رقبته أيضا حموي فان قلت ما الفرق بين قوله الا اذا ادى المهر مولاه وقوله أو استخلصه قلت يمكن حمله على ما اذا كان مهرها يزيد على قيمته اذ المولى لا يلزمه الا دفع قدر القيمة فقط اذا اختار الفداء والباقى يتأخر الطلب به الى ما بعد العتق (قوله ولم يبع أحدهما فيه) لا يقال لا حاجة اليه للعلم به من قوله وسعى المدبر والمكاتب لانا نقول الاستسعاء لا يستلزم عدم البيع اذ الزوجة لو اختارت ان تستسعى القن فى مهرها ورضى به المولى جاز مع جواز بيعه نهر (قوله أي اذا تزوج أحد) الصواب واحد فان أحدا انما يستعمل فى النفي حموي وتعقبه شيخنا بما فى سورة الاخلاص من استعماله فى الاثبات والنفي اهـ والحاصل ان أحدا ان كان بمعنى واحد يستعمل فى الاثبات والنفي كالذى فى سورة الاخلاص وان كان بمعنى أحد الذى للعموم لا يستعمل الا فى النفي نحو لا أحد فى الدار كما فى شرح ابن حجر فى الكلام على قوله من الحديث الرابع ان أحدكم الخ فتحصل انه لا حاجة للتصويب الذى ادعاه السيد الحموي وان أحد فى كلام الشارح بمعنى واحد (قوله وطلقها رجعية اجازة) لان الطلاق الرجعي لا يكون الا بعد النكاح الصحيح فكان الامر به اجازة اقتضاء بخلاف قول المولى تزوج أربعا أو كفر عن يمينك بالمال حيث لا يثبت الحرية اقتضاء لان شرائط الاهلية لا يمكن اثباتها اقتضاء بخلاف النكاح لان العبد اهل له لانه من خصائص الآدمية بحر والمراد بالنكاح فى قول المصنف وطلقها رجعية اجازة للنكاح الخ النكاح المعهود ولو فاسدا وهو نكاح العبد بغير اذن سيده احترازا عن نكاح الفضولى وهو اختيار صاحب المحيط وغيره حموي وليس المراد من قوله ولو فاسدا انه يعود صحيحا بل ان ثمرة الاجازة تظهر فى بيعه بالمهر اذا دخل بها فى الفاسد وليس المراد من قوله احترازا عن نكاح الفضولى ان لا يكون قوله له طلقها اجازة بل عدم التوقف على قوله رجعية كما يعلم من عبارة البحر (قوله للنكاح الموقوف) يستفاد من قوله الموقوف ان عقده عقد فضولى فتجرى فيه الاحكام من فسخ العبد والمرأة له قبل اجازة المولى

فهو للمولى وأما المكاتبة ومعتقة البعض فالمهر لهما (فلو نكح عبد باذنه) فالمهر دين فى رقبته ولو طلبت زوجته (بيع فى مهرها وسعى المدبر والمكاتب) فى هذه الصورة ويعطى المهر من كسبهما (ولم يبع) أحد منهما (فيه وطلقها) أي اذا تزوج أحد منهما بغير اذن مولاه فقال له طلقها (رجعية) فهو (اجازة للنكاح الموقوف)

و يدل على ذلك ما فى الولوالجية والمحيط مكاتب اوقن تزوج بغير اذن المولى ثم طلق كان ذلك ردا منه لان الطلاق يقطع النكاح النافذ فلان يقطع الموقوف اولى فان اجاز المولى بعد الثلاث لم يجز لانه اجازة للمنفسخ ولو اذن له بعد الثلاث بتزوجها فتزوجها لم يفرق بينهما لكنه يكره عندهما وقال الثانى لا يكره وفى الذخيرة تزوجت نفسها من صبي بغير اذن وليه كان للولى فسخه ولكل من العاقدين فسخه نهر لكن عزوه الكراهة لهما فيما اذا كان اذن له بعد الثلاث بتزوجها وعدم الكراهة للثانى عكس ما فى فتح القدير ولهذا تعقبه شيخنا بقوله عبارة فتح القدير تزوّج العبد بلا اذن وطلقها ثلاثا ثم اذن له السيد يجدد عليها جاز بلا كراهة عند ابى حنيفة ومحمد ومع الكراهة عند ابى يوسف (قوله لا طلقها) ولو بائنا كما فى المحيط أو فارقها لانه يحتمل الردّ ويتعين فى العبد المتمرد حتى لو اجازه بعد ذلك لا ينفذ وبهذا فارق الفضولى المحض لانه معين والاعانة تنهض سببا لامضاء تصرفه وينبغى انه لو زوجه فضولى فقال المولى لعبده طلقها انه يكون اجازة اذ لا تمرد منه فى هذه الحالة بخلاف طلقها رجعية اوطلقة تملك بها الرجعة اواوقع عليها الطلاق حيث يكون اجازة لان شيئا منها لم يستعمل فى المتاركة ودل كلامه ان الاجازة تكون دلالة كما تكون صريحا ومن الثانى اذنت كما فى البدائع ولا ينافيه ما فى الفتح لو اذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون اجازة فان اجاز العبد ما صنع جاز استحسانا لان الاول فيما اذا علم بالنكاح زاد فى البدائع انما اى الاجازة تكون بالضرورة ايضا كان يعتق العبد او الامة الكبيرة او الصغيرة فيتوقف على اجازته ان لم يكن لها عصبة نهر ولا يخفى انه على ما ذكر صاحب النهر يحصل التوفيق بحمل ما فى البدائع على ما اذا كان الاذن بعد العلم بالنكاح فلا ينافيه ما فى الفتح لحمله على ما اذا لم يعلم به لكن لا يخفى ان هذا الحمل خلاف ما يظهر عن الزيلعى اذ ظاهره ان الاذن لا يكون اجازة ولو بعد العلم فالذى يظهر ان فى المسئلة قولين ولهذا نقل الحموى عن البرجندى ما نصه وفى لفظ الاجازة اشارة الى انه لا ينفذ النكاح بمجرد الاذن حتى اذا تزوج بغير اذن المولى ثم اذن له فى نكاح لم ينفذ ما لم يجزه المولى ونقل عن البرجندى أيضا ان السكوت بعد العلم بالنكاح لا يكون اجازة (قوله وقال ابن أبى ليلى قوله طلقها اجازة) ولو زوج فضولى رجلا امرأة فقال الرجل طلقها يكون اجازة لان فعل الفضولى اعانة كالوكيل بخلاف المولى عينى فانه لا يملك التطليق باجازته طلاق عبده لاستقلال العبد به كذا بخط شيخنا (قوله يتناول الفاسد أيضا) خص الفاسد بالذكر لكونه أهم لانه محل الخلاف وأيضا نصب على المصدر يقال آض اذا رجع حموى عن المفتاح وهذا الخلاف فى التزوج وأما فى التزويج فلا يتناوله ما خلافا للبعض عينى يعنى ان وكل شخصا بتزويجه لا يتناول الفاسد وعليه الفتوى زيلعى (قوله حتى لو قال لعبده تزوج هذه المرأة الخ) ثمرة الاختلاف بين الامام وصاحبيه فى ان الاذن بالنكاح يتناول الفاسد ام لا تظهر فيما ذكر الشارح من انه اذا تزوجها فاسدا ودخل بها فانه يباع فيه فى الحال وعندهما يؤخذ منه اذا اعتق وكذا تظهر فى انتهاء الاذن بالفاسد عنده وعندهما لا ينتهى حتى لو تزوّج غيرها أو أعاده عليها العقد صح عندهما وعنده لا ينفذ وما فى التبيين من قوله وعنده لا يصح أى لا ينفذ واجمعوا على ان الاذن والوكالة لا ينتهيان بالموقوف حتى جاز لهما ان يجددا العقد عليها أو على غيرها لهما انّ المقصود من النكاح الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز لا الفاسد لانه لا يفيد الحل فصار كالتوكيل بالنكاح فانه يتناول الجائز دون الفاسد ولهذا لو حلف لا يتزوّج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع حيث يتناول الجائز والفاسد لان الفاسد فيه يفيد الملك بالقبض ولابى حنيفة ان اللفظ مطلق فيتناول العقد غير مقيد بوصف الصحة أو الفساد فيجرى على اطلاقه فكان كالبيع وبعض المقاصد حاصل بالنكاح الفاسد كثبوت النسب وسقوط الحد ووجوب المهر والعدة ومسئلة اليمين ممنوعة على طريقة اجراء اللفظ على اطلاقه ولئن سلم فالايمان مبنية على العرف والعرف بالصحيح دون الفاسد اذا كانت يمينه على ان لا يتزوّج فى المستقبل وان حلف انه ما تزوّج فى الماضى يتناول الصحيح والفاسد زيلعى ولو نوى الصحيح صدق ديانة وقضاء وان كان فيه تخفيف رعاية

لا ما طلقها اوفارقها) وقال ابن أبى
ليلى قوله طلقها اجازة (والاذن
لعبده بالنكاح (يتناول) النكاح
(الفاسد أيضا) عند أبى حنيفة رحمه
الله حتى لو قال لعبده تزوج هذه المرأة
فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه
يباع فيه فى الحال

بجانب

لجانب الحقيقة كما لو نص عليه ولو نص على الفاسد صح وصح الصحيح نهر بحثا خلافا لما في البحر وما في البحر من ان المأذون له في النكاح اذا تزوج بفضولي فاجازه كان المهر في رقبته يباع فيه فيتناول الاذن الموقوف في حق هذا الحكم وان لم يتناوله في حق انتهاء الاذن ولم أره صريحا انتهى تعقبه في النهر بعدم تسليم انه يتناوله في حق هذا الحكم أيضا اذ ثبوته بعد الاجازة ولا توقف له اذ ذاك (قوله وانما قيدنا بالدخول الخ) لو أبدله بالوطء في القبل لكان أولى دفعا الايهام ان المراد بالدخول ما يعم الخلوة (قوله صح وهي اسوة للغرماء في مهرها) والغرماء جمع غريم وهو الداين ويطلق على المدين أيضا ولكن لا يصح ارادته هنا حموى أما صحة النكاح فلانه يبتنى على ملك الرقبة فيجوز تحصينا له وأما المهر فلانه لزمه حكما بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح اذ هو بلا مهر غير مشروع فصار كدين الاستهلاك وكالمريض اذا تزوج امرأة فبقدر مهر مثلها تكون اسوة للغرماء زيلعي (قوله بل يؤخر حقها الى استيفاء الغرماء ديونهم) كدين الصحة مع دين المرض زيلعي الا اذا باعه منها لما في الخانية زوجه بالف وباعه منها بتسعمائة وعليه دين الف فاجاز الغريم البيع كانت التسعمائة بينهما يضرب الغريم فيها بالف والمراة بالف ولا تبيعه المراة ويبيعه الغريم بما بقي من دينه نهر وانما امتنع عليها بيعه مع انه عبدها لانه تعلق به حق الغير وهو الغريم وقوله الا اذا باعه منها وجه الاستثناء ان ما بقي لها من المهر سقط لان المولى لا يستوجب على عبده دينا (قوله ومن زوج امته الخ) وكذا المدبرة وام الولد بخلاف المكاتبة اذا تزوجت باذن المولى فانها كالحرة ولا تحتاج الى التبوئة حموى عن البرجندي وهو مقيد بما اذا لم تخرج بغير اذن الزوج والا فهي ناشزة شرنبلالية (قوله لا يجب عليه تبويئها) لان حق المولى اقوى من حق الزوج لانه يملك ذاتها ومنافعها ولا كذلك الزوج ولهذا يدخل فيه ملك المتعة تبعا فان قيل التبوئة تسليم فتجب عليه قلنا لا بل هو أمر زائد عليه لان التسليم يتحقق بدون التبوئة بان يقال له متى ظفرت بها وطئتها وكذا ان شرط التبوئة لا تجب لانه لا يقتضيه العقد فلو صح لا يخلو اما ان يكون اجارة أو عارية فالاول باطل لعدم التوقيت والثاني ليس بلازم فان بوأها معه منزلا فلها النفقة والسكنى لان النفقة تقابل الاحتباس والمكاتبة في هذا كالحرة لزوال يد المولى عنها زيلعي والفرق بينه وبين صحته لو شرط حرية أولادها وان كان العقد لا يقتضيه ان قبوله من المولى على معنى تعليق الحرية بالولادة وهو صحيح بخلاف التبوئة فانها لا تقع بتعليقها عند ثبوت الشرط لكونها عدة مجردة شرنبلالية عن الفتح ومفاده انه لو باعها أو مات عنها قبل الوضع فلا حرية كما في البحر ولو ادعى الزوج الشرط ولا بينة له حلف المولى نهر (تنبيه) الاولاد كما يكونون أحرارا بالشرط يكونون أحرارا بالغرور أيضا لكن بالقيمة فلو قالت امرأة لرجل تزوجني فاني حرة فتزوجها فولدت ثم ظهر انها امة الغير فالام رقيق والولد حر بقيمته ولا يرجع اذ الرجوع بعقد المعاوضة ولم يوجد نهر عن جامع الفصولين قال شيخنا وهو مخالف لما في منية المفتي ونصه ولو غرته الامة بغير اذن سيدها رجع عليها بعد العتق وباذنه رجع عليه للحال ذكره قبيل كتاب الطلاق انتهى (قوله ان يخلي بينهما) الاولى تفسيرها بما قال الخصاف في شرح النفقات ان يخلي بينها وبينه ويدفعها اليه ولا يستخدمها فان كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوئة وليس للمولى ان يمنعه عن الوطء الا اذا لم يؤد المهر المعجل فيجوز للمولى منعه حموى عن البرجندي (قوله له ذلك) لان حقه لا يسقط بها وبالتبوئة صار كالمعير لها من زوجها فتسقط نفقتها الا اذا خدمته في بعض الاحيان بلا استخدامه بعد التبوئة حيث لا تسقط النفقة عن الزوج درر وشرنبلالية وكذا اذا استخدمها نهارا وأعادها الى بيت الزوج ليلا لا تسقط وللمولى السفر بها وان أبى الزوج تنوير وشرحه ولو طلقها بائنا بعد التبوئة يجب لها النفقة والسكنى وقبلها وبعد الاسترداد لا يجب زيلعي (قوله وله اجبارهما اى العبد الخ) وانما جاز لانه مملوكه رقبة ويدا فيملك عليه كل تصرف فيه صيانة ملكه درر قال الواني صيانة ملكه مبتدأ مؤخر وفيه خبر مقدم انتهى والجملة صفة تصرف نوح (قوله اى العبد والامة) يشمل المدبر وام الولد حموى ولا يلزم المولى الاستبراء بل يندب فلو ولدت لاقل من نصف حول فهو من المولى والنكاح فاسد

وانما قيدنا بالدخول لانه قبله في النكاح الفاسد لا يجب المهر كما مر وعندهما يؤخذ منه اذا اعتق (ولو زوج) المولى (عبدا مأذونا) مديونا (امرأة صح وهي اسوة للغرماء في مهرها) فيباع في الكل ويقسم بينهم وبينها على قدر الحقوق وهذا اذا كان بمهر المثل أو أقل منه لانه لو زاد على قدر مهر المثل لم تكن المرأة اسوة للغرماء فيما زاد بل يؤخر حقها الى استيفاء الغرماء ديونهم كذا في النهاية (ومن زوج امته لا يجب عليه تبويئها) يقال بوأه وبوأ له منزلا أي هيأه وأراد ههنا ان يخلي بينهما (بل) يقال (للزوج ان ظفر) بها فان (تخدمه وطئها) وان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك (وله اجبارهما) أي العبد والامة

بحر من الاستيلاد وثبوت النسب درو فيه بالنسبة للامة والمدبرة نظر لتوقف ثبوت النسب من المولى على وجود الدعوة واما بالنسبة لام الولد فلا اشكال لعدم توقفه على الدعوة في حق ولدها (قوله دون المكاتب والمكاتبة) لانهما التحقا بالاجانب بعقد الكتابة ولهذا يستحقان الارش على المولى بالجناية عليهما وتستحق المكاتبة المهر اذا وطئها المولى فصارا كالحرين فلا يجبران على النكاح وان كانا صغيرين وهذا من اغرب المسائل حيث اعتبر فيها راى الصغير والصغيرة في تزويجهما حتى قالوا لو زوجهما بغير اذنهما توقف على اجازتهما فان اديا المال وعتقا لا يعتبر رايهما مادا ما صغيرين بل ينفرد به الولي او المولى زيلعي لتقديم النسبية على السببية ولو عجزا توقف نكاح المكاتب على رضا المولى ثانيا لعود مؤن النكاح عليه وبطل نكاح المكاتبة لانه طرأ حل بات على موقوف فابطله در (قوله ومعنى الاجبار الخ) كذا في الكافي وهذا يشعر بان الايجاب والقبول اذا وقع من المولى ولم يقع منهما صح النكاح والمتبادر من كلام الخزانة ان معنى الاجبار ان الايجاب والقبول وقع منهما بالاكراه من المولى برجندي قال الحموي فليحرر ما هو الحق منهما واقول اذا نفذ عقد المولى عليهما بدون رضاهما بناء على ما هو المتبادر من كلام الشارح تبعا للكافي من ان المولى هو الذي باشر العقد بنفسه فلان ينفذ ايضا اذا كانت المباشرة للعقد منهما ولو بدون الرضا بالاولى والحاصل ان كلا المعنيين يصح ان يفسر به الاجبار فتدبر (قوله وهو رواية عن ابي حنيفة) وابي يوسف كما في الزيلعي لانه مبقى على اصل الآدمية فيما هو من خصائص الآدمية والنكاح منها ولا يدخل في ملكه الا ماليته وهي لا تعلق لها بالنكاح فكان اجنبيا عنه في انكاحه الا ترى انه لا يملك الاقرار عليه بالقصاص ولا ان يطلق عليه امرأته لما قلنا بخلاف الامة لان بضعها مملوك له فيملك تمليكه ولان اجباره عليه لا يفيد لان الطلاق بيده فيطلقها من ساعته ولنا انه مملوكه رقبة ويدا فيملك عليه كل تصرف فيه صيانة ملكه كالامة وهذا لانه انما ملك تزويج الامة لكونها مملوكة له رقبة ويدا لا لانه يملك بضعها ولا تأثير لملك البضع فيه ولا لعدمه الا ترى انه ليس له ان يزوج امرأته وان كان يملك بضعها وله ان يزوج ابنته وان كان لا يملك بضعها فلا تأثير اذ كره طردا وعكسا وما ذكره من المعنى من انه مبقى على أصل الآدمية لعدم ملكه فاسد لانه لو كان كذلك لملكه العبد وهذا لان ما لا يملكه المولى يملكه العبد كالاقرار بالحدود والقصاص وما لا يملكه العبد يملكه المولى كالاقرار عليه بالمال فعلم ان قياسه على الطلاق والاقرار بالقصاص باطل وقوله يطلقها من ساعته قلنا كلامنا في جواز تزويجه وبقاء ملكه الى وجود الطلاق ولان حشمة المولى تمنعه عن الطلاق ظاهرا ولا يعانده بايقاع الطلاق زيلعي (قوله بقتل السيد) قيد به لان قتل غيره لا يسقط به المهر اتفاقا وفي قتلها نفسها روايتان والصحيح عدم سقوطه قال في الخانية ولو قتلت الامة نفسها عن أبي حنيفة فيه روايتان والصحيح انه لا يسقط اه ووجهه ان المهر لمولاها ولم يوجد منه منع ولهذا اعترض في الشرنبلالية على قول الدرر كالمصنف لا بقتل الحرة نفسها قبله بانه لو قال لا بقتل المرأة نفسها قبله لكان اولى الخ (قوله أمته) التي لم تكن ماذونة فان كانت لم يسقط اتفاقا حموي قيد بالامة ولو مدبرة لان المكاتبة لو قتلها سيدها لا يسقط اتفاقا (قوله قبل الوطء) وينبغي ان تكون الخلوة هنا كالوطء نهر (قوله عند أبي حنيفة) لان المعقود عليه فات قبل الدخول بفعل من له المهر وهو المولى فلا يجب عليه كما لو باعها وذهب بها المشتري من المصر او اعتقها قبل الدخول فاختارت الفرقة أو غيبها بموضع لا يصل اليها الزوج زيلعي وفيه تسامح لانه لا يسقط المهر في الصورة الاولى والثانية لانه لو أحضرها بعده له المهر وبه صرح في البحر عن المحيط والظهيرية فلا يسقط فيهما الا المطالبة شرنبلالية واعلم ان القول بعدم سقوطه في الصورة الاولى يتجه على ما هو المختار من عدم انفساخ النكاح ببيعها وأما على انه ينفسخ فلا واعلم ان ما علل به صدر الشريعة من انه عجل بالقتل أخذ المهر فجوزي بالحرمان فيه بحث يعلم بمراجعة الدرر وعزمي زاده (قوله وقالا لا يسقط) اعتبارا بموتها حتف انفها لان المقتول ميت باجله والقتل موت ولهذا لو قال لعبده ان مت فانت حر فقتل عتق وصار كما اذا قتلها أجنبي

دون المكاتب والمكاتبة (على النكاح)
ومعنى الاجبار ان ينفذ نكاح المولى
عليهما وان لم يرضيا به وقال الشافعي
لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي
حنيفة رحمه الله تعالى (ويسقط المهر)
عن الزوج (بقتل السيد امته قبل
الوطء) عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وقالا لا يسقط

وللامام ما قدمناه من ان المعقود عليه فات قبل الدخول بفعل من له المهر الخ ولان القتل جعل اتلافا في حق أحكام الدنيا حتى وجب القصاص والدية والحرمان من الارث زيلعي فكذا في المهر والحتف الموت وجمعه حتوف ليس له فعل يتصرف وانما يضاف الحتف الى الانف اذا مات الشخص بلا سبب فيقال مات حتف انفه لان الروح تخرج من الانف اتقاني (قوله وبعد الوطء لا يسقط اجماعا) المراد بالوطء ما يعم الحكمي كما قدمناه وهو الخلوة بلا مانع (قوله حتى لو كان صبيا) قال الكمال ولو لم يكن السيد من أهل المجازاة بان كان صبيا زوج امته وصيه مثلا قالوا يجب ان لا يسقط في قول أبي حنيفة اه قال في النهر فبقتل المجنون أولى (قوله وقيل لا يسقط) رجحه في البحر (قوله لا بقتل الحرة نفسها) لان جناية المرء على نفسه غير معتبرة أصلا ولهذا اذا قتل نفسه يغسل و يصلى عليه درر وهذا أعني ان قتل نفسه يغسل ويصلى عليه هو الارجح ومشى عليه في الدرر من الجنائز عزمي ووجه آخر وهو ان قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتا للمهر انما يكون تفويتا بعد موتها وبالموت ينتقل المهر الى ورثتها فلا يسقط لانه للورثة لا لها بخلاف قتل المولى امته لان المهر له فكان مفوتا حق نفسه وهو كمن قال اقتل عبدي فقتله لا يجب عليه شئ ولو قال اقتلني فقتله يجب عليه الدية ولا يصح اذنه في ابطال حق الورثة وهذا بخلاف قتل الوارث الحرة قبل الدخول حيث لا يسقط المهر لانه صار محروما بالقتل فلم يصر مبطلا حق نفسه ووجه آخر وهو ان القتل لا يتم الا بعد زهوق الروح وعند ذلك ليست باهل للقتل فلا يمكن اضافته اليها وما في الزيلعي من تأنيث الضمير مع عوده على مذكر وهو القتل باعتبار الجناية شيخنا مثاله اذا قال لامرأته ان جننت فأنت طالق لا يقع الطلاق اذا جن لانتفاء الاهلية عند تحقق الشرط بخلاف ما اذا قال ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلها وهو مجنون ولا يرد رضاع الصغيرة الكبيرة حيث لا يسقط من مهرها شئ وان كانت الفرقة بفعلها وكذا المجنونة اذا قبلت ابن زوجها قبل الدخول لان فعلهما لا يصلح لاسقاط حقهما كما لو قتلتا مورثهما فان قيل ينتقض بردة الصغيرة اذا كانت مميزة حيث يسقط بها مهرها قبل الدخول قلنا ردتها محظورة بدليل حرمانها الارث واستحقاق حبسها حتى تتوب او تموت زيلعي (قوله وعند زفر والشافعي يسقط) اعتبارا بالردة و بقتل المولى أمته ولنا كما سبق ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى فانه معتبر في حق أحكام الدنيا حتى وجبت الكفارة عليه والخلاف مقيد بما اذا لم تكن مستحقة القتل اذ لو كانت مستحقة له فلا مهر لها اجماعا حموي عن المفتاح (قوله والاذن في العزل الخ) أي عزل الزوج الماء عن رحم المرأة وهو الانزال خارج الفرج حموي (قوله لسيد الامة) ولو حكما ليشمل امة الابن الصغير اذا زوجها الاب أو الجد حموي في الشرح فعلى هذا يكون الاذن للاب والجد ولهذا قال ولو حكما اذ هو في الحقيقة ليس بسيدها وانما كان الاذن في العزل عن الامة للمولى لانه منع عن حدوث الولد وهو حق المولى درر غرر و ينبغي ان يقيد احتياجه الى اذن المولى بالبالغة اما الصغيرة فله العزل عنها بغير اذن المولى كما يفيده التعليل السابق نهر والظاهر ان المراد من الامة القنة والمدبرة وام الولد واما المكاتبة فينبغي ان يكون الاذن اليها لان الولد لم يكن للمولى ولم أره بحر وأيضا هذا التعليل يقتضي عدم توقف العزل على اذن المولى اذا اشترط الزوج حرية اولاده لانه لا ملك للمولى في الاولاد حينئذ ولم أره (قوله وعندهما اليها) لان النكاح شرع صيانة لها عن السفاح وذا انما يكون اذا كان كل واحد منهما قاضيا لشهوته والعزل يخل به فشرط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانها لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وللامة المنكوحة ولاية المطالبة فلا يجوز الا برضاها وله ان الامة لا حق لها في قضاء الشهوة لان النكاح لم يشرع حقا لها ابتداء و بقاء فانها لا تتمكن من مطالبة سيدها بالتزويج وهو يخل بالمقصود وهو الولد وهو حق المولى لا حق الامة بخلاف الحرة ولهذا لو كان زوج الامة عنينا لا يكون لها حق الخصومة وانما يكون لمولاها فيما روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف لما ذكرنا وفيه خلاف زفر زيلعي فان قلت قول الشارح وعندهما الخ يقتضي ان هذا مذهبهما فيخالف

وبعد الوطء لا يسقط اجماعا ثم مطلق
السيد ينصرف الى العاقل البالغ حتى
لو كان صبيا قيل يسقط وقيل لا يسقط
كذا في الفوائد الظهيرية (لا بقتل الحرة
نفسها) قبله عندنا وعند زفر والشافعي
يسقط وأما بعد الوطء لا يسقط اجماعا
(والاذن في العزل لسيد الامة) عند
أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما
١١ الا الى مولاها انما قيد بالامة

ماسيأتي منه من قوله وعن أبي يوسف ومحمد الخ وايضا يلزم التكرار قلت اشار شيخنا الى ما محصله انه يمكن ان يكون الشارح قد اشار بما ذكره اولا وثانيا الى ان النقل عنهما قد اختلف (قوله لان في الحرة المنكوحة الخ) لانه لما تعلق حقها بالولد وهو حق الحضانة كان الاذن اليها قال في البحر وينبغي ان يكون سد المرأة فم رحمها كما تفعله النساء بغير اذن الزوج غير جائز قياسا على عزله بغير اذنها وفي الخانية قالوا في زماننا يباح أي العزل عنها بغير اذنها لسوء الزمان قال في الفتح فليعتبر مثله من الاعذار مسقطا لاذنها وعلى هذا فيباح لها سد فم الرحم بغير اذنه اه وظاهر قوله في البحر قياسا على عزله بغير اذنها ان الامة لها ان تسد فم رحمها بغير اذنه وهذا ظاهر في الامة المنكوحة اما المملوكة فلا فليحرر وقد بحث صاحب النهر في كلام البحر حيث قال وفيه نظر لان لها ان تعالج في اسقاطها الحمل كما سيأتي بشرطه فمنع سببه بالجواز احرى والفرق بين هذا وبين كراهة العزل بغير اذنها لايخفى على متأمل انتهى واقول فيه نظر لان محل اباحة المعالجة على ما فيه كما سيأتي اذا كان برضا الاب والا فلا يجوز حموي (قوله ثم لا اختلاف في جوازه في الامة المملوكة) لما روى عن أبي سعيد الخدري ان رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان لي جارية وانا أعزل عنها واكره ان تحمل وان اليهود تحدث أن العزل الموؤدة الصغرى قال كذبت يهود لو اراد الله ان يخلقه ما استطعت ان تصرفه قالوا وكذلك المرأة يسعها ان تعالج لاسقاط الحبل ما لم يستبن بشئ من خلقه وذلك ما لم يتم له مائة وعشرون يوما قال شيخنا وقد اعاد الزيلعي هذه المسئلة في ثبوت النسب معللا بأنه لا يستبين الا في مائة وعشرين يوما قال الكمال وهذا يقتضي انهم ارادوا بالتخليق نفخ الروح والا فهو غلط لان التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة اه وفي الخانية ولا أقول بأنه يباح الاسقاط مطلقا فان المحرم اذا كسر بيض الصيد يكون ضامنا لانه اصل الصيد فلما كان يؤاخذ بالجزاء ثم فلا اقل من ان يلحقها اثم هنا اذا اسقطت بغير عذر اه وينبغي الاعتماد عليه لان له اصلا صحيحا يقاس عليه والظاهر ان هذه المسئلة لم تنقل عن أبي حنيفة صريحا ولهذا يعبرون عنها بصيغة قالوا بحر والموؤدة من وأد ابنته دفنها حية وبابه وعد وكانت كندة تئد البنات مختار الصحاح ثم اذا عزل فظهر بها حبل هل يجوز نفيه قالوا ان لم يعد الى وطئها وعاد بعد البول جاز له نفيه والا فلا زيلعي وينبغي ان يراد بعد غسل الذكر كذا بخطه وقوله او عاد بعد البول وعزل في العود أيضا شيخنا عن الحانوتي ثم الظاهر من كلام الزيلعي جواز نفيه بعد العزل وان كانت محصنة وفي النهر عن الخانية قيده بغير المحصنة (قوله ثم العزل مباح) برضا المرأة الحرة او برضا مولى امرأته الامة وفي الامة المملوكة بغير رضاها تبيين (قوله ولو تزوجت) فاعله قول المصنف امة حموي (قوله واعتقت) كان الصواب العطف بالفاء او ثم كما في الهداية وفي قوله اعتقت شئ لان الاعتبار للعتق دون الاعتاق حموي ولو ابدل الصواب بالاولى لكان اولى اذ الواو لا تنافي ما يستفاد من الفاء وثم وان لم تكن نصا فيه (قوله امة) تنازع فيه تزوجت وأعتقت وشمل اطلاق الامة القنة والمدبرة وأم الولد وشمل الكبيرة والصغيرة فاذا أعتقت الصغيرة توقف خيارها الى بلوغها لان فسخ النكاح من التصرفات المترددة بين النفع والضرر فلا تملكه الصغيرة ويملكه وليها عليها القيام مقامها بحر عن جامع الفصولين (قوله او مكاتبة) ولو حكما كمعتقة البعض نهر (قوله خيرت) في مجلس علمها بالعتق ولو في عدة الرجعي سواء كان برضاها او لا ولو صغيرة تأخر الى بلوغها وليس لها خيار بلوغ في الاصح كامر ولو اختارت نفسها بلا علم الزوج يصح وقيل لا ولو لم تعلم ان لها الخيار حتى ارتدا ولحقا بدار الحرب ثم سبيت صح الا اذا قضي باللحاق وكذا الامة الحربية اذا تزوجها حربي ثم أعتقت خيرت سواء علمت في دار الحرب او في دارنا بعد الاسلام وليس هذا بحكم على من في دار الحرب بل فتوى ويبطل بما يدل على اعراض كخيار المخيرة ولو جعل لها قدرا على ان تختاره ففعلت سقط خيارها نهر وهل تستحق القدر اولا لم اره والظاهر انها لا تستحقه اذ هذا من الحقوق المجردة التي لا يصح الاعتياض عنها كحق الشفعة بل اولى (قوله فلا مهر لاحد) أي لا للسيد ولا لها كما هو صريح

لان في الحرة المنكوحة الاذن اليها في جوازه في العزل اجماعا ثم لا اختلاف في جوازه في الامة المملوكة واما في الامة المنكوحة فالاذن في العزل الى المولى وعن أبي يوسف ومحمد ان الاذن اليها ثم العزل هو مباح (ولو) تزوجت باذن سيدها و(اعتقت أمة او مكاتبة خيرت) بين ابقاء النكاح وفسخه فان اختارت نفسها فلا مهر لاحد

كلامه فات وهذا اذا حصل العقد ولم يطأها اما لو وطئها يجب المهر فان كان الوطء قبل العتق فالمهر له والا فلها جوى اخذا مما سيأتي في المتن (قوله وان اختارت زوجها فالمهر لسيدها) مثله في الدر المختار وهو باطلاقه شامل لما اذا كان العتق قبل الوطء فيشكل بما سيأتي في المسئلة التي تليها حيث قال فلو وطئ قبله فالمهر له والا فلها الا ان يحمل هذا الاطلاق على ما اذا وطئها بعد العتق (قوله ولو كان زوجها حرا) او كانت عند النكاح حرة ثم صارت امة كما في التنوير وانما كان كذلك لقوله عليه السلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري وكان زوجها حرا كما في الصحيحين واورد ان هذا لا يتناول المكاتبة لانها كانت مالكة لبضعها قبل العتق ويمكن ان يجاب بان المراد ملكا تاما وهو قبل العتق ليس تاما الا ترى ان نكاحها كان موقوفا على اذنه نهر وقوله ويمكن ان يجاب بان المراد ملكا تاما كذا بخطه وتوجيهه ان الخبر محذوف دل عليه ما تقدم من قوله ملكت بضعك شيخنا (قوله وقال الشافعي لاخيار للمكاتبة) لانه لانفاذ النكاح الا برضاها فصارت كالحرة بخلاف الامة لان رضاها غير معتبر ولنا ما روى من حديث بريرة وكانت مكاتبة ولان الملك يزداد عليها كالامة وهو الموجب زيلعي وورد أن بريرة قالت لعائشة انى كاتبت أهلي على تسع اواق في كل عام أوقية فأعينيني فقالت عائشة ان أحب اهلك ان أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة الى اهلها فأبوا عليها فجاءت وقالت لعائشة انى قد عرضت عليهم ذلك فأبوا على الا ان يكون الولاء لهم فسمع صلى الله عليه وسلم ذلك فقال عليه السلام خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق ففعلت عائشة ثم قام عليه السلام في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله احق وشرط الله اوثق وانما الولاء لمن اعتق شيخنا عن غاية البيان بقي ان يقال معنى ما سبق من قول عائشة ان أحب أهلك ان اعدها لهم الخ على ان يكون ذلك ثمنا بدليل قوله صلى الله عليه وسلم خذيها فاعتقيها وعن عائشة قالت دخلت بريرة وهي مكاتبة فقالت اشتريني واعتقيني كما في مختصر البخاري لابن جماعة (قوله وقال أيضا الاخيار لها ان كان زوجها حرا) لحديث بريرة من رواية عائشة انه عليه الصلاة والسلام خيرها وكان زوجها عبدا ولان العبد ليس بكفء لها فثبت لها الخيار بخلاف الحر ولنا حديث عائشة ان زوج بريرة كان حرا حين أعتقت رواه البخاري ومسلم ولان الخيار لازدياد الملك عليها وهذا المعنى لا يختلف بين ان يكون حرا أو عبدا وحديثنا أولى لكونه مثبتا وليس فيما روى دلالة على انه اذا كان حرا لا يكون لها الخيار فلا يمكن الاحتجاج به الا على ثبوت الخيار لها فيما اذا كان زوجها عبدا ونحن نقول بموجبه وبموجب الحديث الآخر فنقول كان عبدا قبل ان تعتق بريرة ثم أعتق وكان حرا حين أعتقت جمعا بين الحديثين وقوله ليس بكفء ليس بشيء لان الكفاءة انما يعتبر في الابتداء دون البقاء فان قيل كيف تقدم حقها على حق الزوج حتى كان لها ابطال حقه دفعا للضرر عنها بالحاق الضرر عليه قلنا لما كان لها دفع الزيادة ولا يمكن ذلك الا بابطال اصل النكاح كان لها ابطال حقه دفعا للضرر عنها ولان الزوج قد رضي به حيث تزوجها مع علمه انها قد تعتق زيلعي واعلم ان خيار العتق يخالف خيار البلوغ في انه يبطل بالقيام عن المجلس وان الجهل به عذر وانه يثبت للامة فقط وانه لا يبطل بالسكوت ولو كانت بكرا وان الفرقة فيه لا تتوقف على القضاء كذا في الخانية وفرق بينهما بان الامة لا تتفرغ للعلم بخلاف الحرة قال في جامع الفصولين ومقتضاه ان المخيرة لو كانت امة تعذر بالجهل قال في البحر والظاهر الاطلاق اذ قد عللوا بان سبب الخيار في العتق لا يعرفه الا الخواص لخفائه بخلاف خيار البلوغ لانه يعرفه كل احد وقالوا ان الفرقة به ليست بطلاق ولهذا كان لها ان تختار ولو حائضا نهر وقوله وانه يثبت للامة فقط يعني دون العبد بخلاف خيار البلوغ فانه يثبت لكل من الزوجين وبريرة براءين مهملتين على وزن كريمة وكان اسم زوجها مغيثا وكان عبدا لآل بني أحمد كذا قال صاحب السنن وقال الشيخ

وان اختارت زوجها فالمهر لسيدها (ولو) كان (زوجها حرا) وقال الشافعي لاخيار للمكاتبة وقال أيضا الاخيار لها ان كان زوجها حرا

أبو جعفر الطحاوى فى شرح الآثار كان مغيث عبد الآل المغيرة من بنى مخزوم شيخنا عن غاية البيان
أى ثم عتق قبل عتق بريرة بدليل ما قدمناه (قوله ولو نكحت بلا اذن فعتقت) عبارة الهداية ثم عتقت
حموى (قوله فعتقت) بفتح أوله مبنيا للفاعل ولا يجوز ضمه بالبناء للمفعول لانه لازم حموى عن شرح ابن
الحلبي وفرضها فى الامة وان كان العبد كذلك ليترتب عليها المسئلة التى تليها تفريعا نهر وهى ما سيأتى
من قوله فان وطئ قبله الخ قال السيد الحموى ويجوز ان يكون تخصيصه بالامة ليفرع عليها مسئلة الخيار
لأنها تختص بالاماء دون العبيد اهـ بقى ان تقييد كون النكاح بدون اذن المولى بالاحتراز عما لو كان باذنه
أخذا من تعليلهم عدم ثبوت الخيار لها بان النكاح نفذ بعد العتق وبعد النفاذ لم يزد الملك عليها (قوله
نفذ النكاح بلا خيار) لان النفوذ بعد العتق فلا يتصور ازدياد الملك عليها وثبوت الخيار باعتباره زيلعي
وكذا لا خيار لها لو اقترنا بان زوجها فضولى وأعتقها فضولى واجازهما المولى در واعلم ان الاقتران
بالنسبة للاجازة بان أجازهما المولى معا فلا يشترط كون التزويج والاعتاق واقعين معا وكذا ينفذ
النكاح اذا تزوجت بدون اذنه فباعها فأجاز المشترى ذلك النكاح الذى وقع منها عند المولى البائع
عزمى ودرر قيد بالنكاح لانها لو اشترت شيئا بغير اذن مولاها ثم عتقت بطل لتغير المالك وبالامة لان
الحرة الصغيرة لو نكحت بلا اذن ثم بلغت توقف على اجازتها وكذا الولى الابعد اذا زوج مع وجود
الاقرب ثم انتقلت الولاية اليه توقف على اجازة مستأنفة اطلق فى الامة فشمل المدبرة وام الولد الا ان
هذا مسلم فى المدبرة اذا اعتقت فى حياة المولى اما ان عتقت بموته ولم تخرج من الثلث توقف نفاذه حتى
تؤدى السعاية عند الامام وعندهما يجوز وأما أم الولد فان دخل بها الزوج قبل العتق نفذ والا لا سواء
عتقت فى حياته او بموته لان العدة بالعتق وجبت عليها من المولى وهى تمنع نفاذ النكاح غير أنها لم
وجبت من الزوج بوطئه لم تجب من المولى وهذا انما يصح على رواية ابن سماعة عن محمد من وجوب
العدة من الزوج أما على ظاهر الرواية لا تجب وعلى هذا تفرع ما لو زوجت الامة نفسها بلا اذن فدخل
بها الزوج ثم مات المولى فأجاز الابن جاز على رواية ابن سماعة لا على رواية الاصل نهر وقوله وأما أم
الولد فان دخل بها الزوج قبل العتق نفذ والا يعنى ان لم يدخل بها الزوج قبل العتق لا ينفذ بل يبطل
لانه لا يمكن توقفه مع وجود العدة اذ النكاح فى عدة الغير فاسد كما فى البحر فعلى هذا ينبغى ان يستثنى أم
الولد من اطلاق المصنف حموى (قوله وقال زفر لا ينفذ) لانه كان موقوفا على اجازة المولى والاعتاق
ليس باجازة وبعد العتق ارتفعت ولايته فيبطل (قوله فلو وطئ قبله فالمهر له) لانه استوفى منافع مملوكة
له أطلق فى المهر فعم ما لو كان يزيد على مهر مثلها كما فى الدرر ولو خلا العقد عن التسمية وجب له مهر
المثل نهر قال الراجى عفو ربه هذه المسئلة مشكلة بما ذكر فى باب المهر من ان للمرأة حبس نفسها عن الزوج
لاستيفاء المهر وان وطئها برضاها معللا بان المهر مقابل بكل الوطآت فينبغى ان يكون لها شئ من المهر
بمقابلة ما استوفى بعد العتق ولا يكون الكل للمولى زيلعى واجاب فى البحر بان قسمته على جميع
الوطآت اذا لم يختلف المستحق لان الجهالة لا تضر فيه واما اذا اختلف المستحق كما فى هذه المسئلة فلا
يمكن قسمته فاستحقه بتمامه من حصل الوطء الاول على ملكه وفيه بحث اذ يلزم على ما ادعاه انه لو اشترى
جارية فزوجها ودخل بها الزوج ثم استحق نصفها ان لا يقسم المهر بينهما لانه اختلف المستحق وهو
خلاف الواقع نهر واجاب الشيخ شاهين بان مسئلة الاستحقاق ورد العقد على ملكهما بخلاف هذه
المسئلة فان استحقاق الجارية عارض بسبب العتق فلا تزاحم سيدها فى ملكه وقت العقد فلا يقسم المهر
بينهما اهـ (قوله والا فالمهر لها) وان كان يزيد على مهر مثلها لانه استوفى منفعة مملوكة لها درر (قوله
ومن وطئ أمة ابنه) ولو صغيرا نهر أى حر مسلم حتى لو كان عبدا أو مكاتبا أو كافرا لا تصح دعوته لانه
لا ولاية له على المسلم وكذا اذا كان مجنونا ولو أفاق ثم ولدت لاقل من ستة أشهر صح استحسانا زيلعى قال
فى البحر وفيه اشارة الى انه لو ادعاه قبل الولادة لم يصح ولم أره واقول ينبغى انها لو ولدته لاقل من ستة

(ولو نكحت بلا اذن) المولى (فعتقت)
قبل اذن المولى (نفذ) النكاح (بلا
خيار) لها وقال زفر لا ينفذ (فلو
وطئ) زوجها والمسئلة بحالها
(قبله) أى قبل العتق (فالمهر له) أى
للمولى (والا) أى وان لم يدخل بها حتى
أعتقها مولاها فالمهر (لها ومن وطئ
أمة ابنه

أشهر

اشهر من وقت دعوته ان يصح وظاهر ان فرض المسئلة فيما اذا ادعاه وحده فلو ادعاه مع الابن قدم الابن ولو كانا شريكين قدم الاب والفرق لا يخفى نهر وان كان الاب مرتدا فدعوته موقوفة عند الامام نافذة عندهما حموى عن البرجندى ولو كانا من اهل الذمة ولو اختلفت ملتاهما صحت نهر واراد بالامة القنة اذ هى القابلة للانتقال من ملك الى آخر بقرينة قوله وصارت أم ولده فلو ادعى ولد أم ولده المنفى أو مدبرته او مكاتبته توقف صحتها على تصديق الابن كما فى المحيط قيد بابنه لانه لو وطئ أمة اصله وان علا أو زوجته فادعى ما جاءت به لم يثبت نسبه الا ان يصدقه المالك فى انها حلال له وان الولد منه واذا لم يصدقه ثم ملكها ثبت النسب منه نهر وعن أبى يوسف أنه يثبت النسب من الاب فى المدبرة وعليه قيمة الولد والعقر برجندى (فرع) وطئ جارية ابنه مرارا كان عليه مهر واحد لان الكل كان بشبهة واحدة وهى شبهة التملك ولو وطئ الابن جارية أبيه مرارا وادعى الشبهة كان عليه لكل وطء مهر لان المهر وجب بسبب دعوى الشبهة ولو لم يدع الشبهة كان عليه الحد فان تكرر دعوى الشبهة تكرر المهر بخلاف الاب لان الاب لا يحتاج الى دعوى الشبهة حموى عن قاضيخان واعلم ان ظاهر اطلاقه شامل لما لو كانت الامة موطوءة الابن وبه صرح فى الظهيرية والحكم فى وطء امة البنت كأمة الابن حموى عن البرجندى فلو أبدل المصنف الابن بالولد لكان أولى ليشمل الذكر والانثى (قوله فولدت) عطف على محذوف أى وانقضت مدة الحمل فولدت او يقال الترتيب ذكرى لا زمانى سيدى حموى قيد بالولادة لانها لو لم تلد وجب عقرها وارتكب محرما ولا يحد قاذفه فى الوجهين نهر أى الولادة وعدمها (قوله فادعاه) أى ادعى الاب الولد عند قاض كما فى شرح ابن الحلبى ويستفاد من العطف بالفاء انه لابد ان يدعيه فور الولادة ولم اره صريحا حموى (قوله صدقه الابن فيه) أى فى الادعاء المفهوم من ادعى حموى (قوله اذا كانت) أى كلها فى ملك الابن فلو كانت مشتركة بينه وبين الاب او غيره وجبت حصة الشريك من العقر وقيمة باقيها لانتفاء موجب الملك اذ ما فيها من الملك يكفى لصحة الاستيلاد واذا صح يثبت الملك فى باقيها حكما له لا شرطا بحر ونهر عن الفتح (قوله من وقت العلوق الخ) فلو جاءت به فى غير ملكه او فيه واخرجها عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لان الملك انما يثبت بطريق الاستناد الى وقت العلوق فيستدعى قيام ولاية التملك من حين العلوق الى التملك اقول هذا يفيد انه لو باعها لاخيه مثلا لا تصح الدعوة ولم أره قال فى البحر هذا ان كذبه الابن فان صدقه صحت الدعوة ولا ملك الجارية كما اذا ادعاه أجنبى ويعتق على المولى كما فى المحيط وأقول المذكور فى الشرح وعليه جرى فى فتح القدير وغيره انه لا يشترط فى صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن نهر (قوله ويجب عليه قيمتها) فقيرا كان او موسرا لانه وان كان له تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء ولهذا كان له تملك أمته للحاجة الى صيانة مائه الا ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا تملك أمته بقيمتها والطعام بغير قيمة نهر فاستفيد من قوله ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه ان الحاجة الى ابقاء نسله قاصرة ولهذا يحل له عند الحاجة الطعام لا الوطء ويجبر على نفقة أبيه لا على جارية لتسريه در (قوله يوم علقت) نقل السيد الحموى عن الاشباه ان قيمتها تعتبر قبيل العلوق ونقل عنها أيضا ان المراد من قيمتها ثمن مثلها لا قيمتها بالغة ما بلغت اه والظاهر ان المراد من يوم العلوق فى كلام المصنف الوقت الذى اتصل به العلوق فيؤل الى ما ذكره فى الاشباه وعلقت بابه طرب شيخنا (قوله لا عقرها) قال فى التبيين وهذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له فيتبين انه وطئ ملك نفسه فلا يجب عليه المهر (قوله ولا قيمة ولدها) لانه انعلق حرا لتقدم الملك عليه مالم تكن مشتركة فتجب حصة الشريك در (قوله لا تصير أم ولده) لان المصحح للاستيلاد حقيقة الملك أو حقه وكلاهما غير ثابت للاب زيلعى (قوله ويكون الولد حرا) لانه ملكه أخوه فيعتق عليه (قوله وعليه العقر) لخلو الوطء عن الملك وسقط الحد للشبهة (قوله وقال زفر والشافعى يجب العقر) لان الوطء وجد فى غير الملك اذ الملك انما يثبت ضرورة تصحيح الاستيلاد وصيانة

فولدت فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولده) مطلقا سواء كان ادعى شبهة أم لا صدقه الابن فيه أم لا اذا كانت فى ملك الابن من وقت العلوق الى حين الدعوة (و) يجب (عليه قيمتها) يوم علقت (لا عقرها) وهو صداق الامة (و) لا (قيمة ولدها) وقد ذكر ابن سماعة عنه ان آخر ما استقر عليه قول أبى يوسف ان الجارية لا تصير أم ولده ويكون الولد حرا بالقيمة وعليه العقر للابن وقال زفر والشافعى يجب العقر وانما قيد بالدعوة لان الاستيلاد

لسانه عن الضياع فيثبت الملك قبيل العلوق فلا ضرورة في نقله الى حال الوطء ولنا ان المصحح للاستيلاد حقيقة الملك او حقه وكلاهما غير ثابت للاب فلابد من تقديمه ليصح الاستيلاد بوقوع الوطء في ملكه فلا يجب عليه العقر زيلعي (قوله لا يتحقق بدون دعوته) لان الامة فراش ضعيف والضمير في دعوته كما في بعض النسخ للولد المفهوم من الاستيلاد وفي بعض النسخ بدون دعوة وفي بعضها بدون الدعوة حموي (قوله ودعوة الجد الخ) و يشترط ان تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو أتت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته لما ذكرنا في الاب زيلعي أما أب الام وسائر ذوي الارحام فلا تصح دعوتهم نهر لانه لا ولاية لهم في تملك المال عند الحاجة (قوله بالموت الخ) أو الجنون زيلعي (قوله ولو زوجها اياه) ولو فاسدا أو تزوجها الاب بان كان الولد صغيرا كما في الخانية ولو قال ولو تزوجها لافاد المسئلتين نهر (قوله لم تصر الامة أم ولده) لان انتقالها الى ملك الاب لصيانة مائه وقد صار مصونا بدونه فلا حاجة اليه درر ومن الحيل ان يملك أمته لطفله ثم يتزوجها در (قوله ويجب المهر) لالتزامه اياه بالنكاح وهو ان لم يكن مسمى مهر مثلها في الجمال أي ما يرغب في مثلها جمالا فقط لا ما قيل ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز وفي الجوهرة وذكر السرخسي ان العقر أي المهر في الحرائر هو مهر المثل وفي الاماء عشر قيمتها لو بكرا أو نصف العشر لو ثيبا نهر (قوله لانه صح النكاح) لو قال كما في التبيين لالتزامه بالنكاح لكان أولى لشمول العلة ما لو كان النكاح فاسدا ووطئها وولدت كما صرح به في التبيين (قوله وعند الشافعي لا يصح) لان ماله من الحق يمنع صحة النكاح فصارت كجارية مكاتبه أو كمكاتبته ولنا ان المانع من النكاح حقيقة الملك أو حقه وكلاهما منتف عن الاب وانما له حق التملك وذلك لا يمنع صحة النكاح الا ترى ان الواهب له التزوج بالموهوبة وان كان له حق التملك بالاسترداد وحق الملك يمنع كما في كسب المكاتب وفي المكاتبة حقيقة الملك ثابت زيلعي وقوله وحق الملك يمنع كما في كسب المكاتب فان للسيد حقا فيه فيمنع من صحة تزوجه بامة من كسبه وانما ذكر الخبر في قوله وفي المكاتبة حقيقة الملك ثابت لاكتساب المبتدا التذكير شيخنا (قوله لا القيمة) لعدم ملك الرقبة زيلعي (قوله وولدها حر) لانه ملكه أخوه فعتق عليه زيلعي (قوله لسيد زوجها) الحر المكلف در (قوله اعتقه عني بالف) أو زادت ورطل من خمر اذ الفاسد هنا كالصحيح در (قوله وفسد النكاح) وكذا لو قال رجل تحته أمة لمولاها أعتقها عني بالف ففعل عتقت الامة وفسد النكاح و يسقط في المسئلة الاولى المهر لاستحالة وجوبه على عبدها ولا يسقط في الثانية وعند زفر لا يفسد النكاح لعدم الملك وتحقيق الخلاف ان البدل اذا ذكر ثبت الملك بالاقتضاء عندنا فصار كما لو قالت بعه مني بكذا ثم أعتقه عني وقول المولى أعتقت بمنزلة قوله بعته منك وأعتقته عنك فاذا ثبت الملك اقتضاء فسد النكاح وزفر لا يقول بالاقتضاء فلا يثبت الملك فلا يفسد النكاح عنده درر والاقتضاء دلالة اللفظ على مسكوت يتوقف صدقه أو صحته عليه ولما كان ثبوت البيع بطريق الاقتضاء سقط القبول الذي هو ركن البيع بحر وفيه بحث اذ ما قدمناه عن الدرر من ان قوله أعتقت بمنزلة قوله بعته منك وأعتقته عنك يشير الى انه قائم مقام القبول ولا يثبت فيه خيار الرؤية والعيب ولا يشترط كونه مقدور التسليم حتى صح الامر باعتاق الآبق و يعتبر في الآمر أهلية الاعتاق حتى لو كان صبيا مأذونا لم يثبت البيع بهذا الكلام لكونه ليس أهلا للاعتاق وقد يكون المأمور فعل ما أمر به لانه لو زاد عليه بان قال بعتك بالف ثم أعتقت لم يصر مجيبا بل كان مبتدئا ووقع العتق عن نفسه لعدم القبول غاية وسعدي ولا يفسد النكاح في مسئلة الكتاب بحر ومفاده انها لو قالت قبلت وقع عن الآمر در (قوله وولاؤه للمعتقة) و يصح عن كفارتها لو نوت به كما في الوقاية حموي وقال زفر لا يفسد لوقوع العتق عن المأمور لان هذا الكلام خرج باطلا لان الاعتاق عن غير المالك لغو اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فيقع العتق عن مالكه وهو المأمور كما اذا لم تسم الالف ولنا انها أمرته باعتاق عبده عنها ولا يتصور ذلك الا بتقديم ملكها فيه فيقدر تقديمه اقتضاء كمن قال لامرأته المدخول بها اعتدي ونوى الطلاق فانه

يقع

ا يتحقق بدون دعوته (ودعوة الجد
لدعوة الاب حال عدمه) أي عدم
ولاية الاب بالموت أو الرق أو الكفر
أما عند ثبوت ولايته لا تثبت الولاية
للجد فلا تصح دعوته والدعوة في
نسب بالكسر هي الادعاء وفي الطعام
الفتح هي الدعاء (ولو زوجها) أي
ابن امته (اياه وولدت لم تصر) الامة
م ولده ويجب المهر) لانه صح النكاح
عند الشافعي لا يصح (لا القيمة) أي قيمة
الامة (وولدها حر) بلا قيمة (حرة)
بعت عبد (قالت لسيد زوجها اعتقه
عني بالف) تقديره بعه مني واعتقه
عني بالف (ففعل) عتق العبد و(فسد
النكاح) وسقط المهر وعليها للمولى الالف
ولاؤه للمعتقة وقال زفر لا يفسد (ولو لم
عل بالف) وباقي المسئلة بحالها
لا يفسد) النكاح (والولاء له) أي
عتق عندهما

يقع لانه لا صحة للاعتداد الا بتقديم الطلاق لا يقال ان البيع ينعقد بالايجاب لانا نقول نعم اذا كان مقصودا وأما اذا دخل فى ضمن شئ آخر فلا ولا يقال ان الملك للآمر مختطف غير مستقر ومثله لا يوجب فسخ النكاح كالوكيل اذا اشترى زوجته للموكل لانا نقول الملك لما ثبت ثبت بموجبه وانفساخ النكاح لازم للملك فلا يفارقه ولا نسلم ان المشترى يدخل فى ملك الوكيل بل يقع الملك ابتداء للموكل فى الصحيح ولئن وقع الملك للوكيل فقد تعلق به حق الموكل حالة ثبوته ومثله لا يوجب فسخ النكاح بخلاف ما نحن فيه فان العبد لم يتعلق به حق الغير زيلعى (قوله وقال أبو يوسف الولاء لهما) والنكاح فاسد لانه يقدم الملك بغير عوض تصحيحا لتصرفه و يسقط القبض كما سقط القبول فى البيع المقدر بل أولى لان القبول فى البيع ركن والقبض فى الهبة شرط فلما سقط الركن فاولى ان يسقط الشرط وصار كالامر بالتكفير عنه بالاطعام ولهما ان القبض فعل حسى فلا يدخل فى ضمن القول وانما يدخل فى الضمن الحكمى لا الحسى ولا تأثير لكونه ركنا أو شرطا الاترى ان الطهارة ونية الصلاة لا يسقطان وهما شرطان فيها والقيام والقراءة يسقطان بالعذر وهما ركنان والفقير فى مسئلة التكفير ينوب عن الآمر فى القبض لكون الطعام قائما قابلا للقبض فتتم به الهبة ثم يصير مؤديا الى نفسه بحق الكفارة أما العبد فلا يمكن ان يجعل قابضا نيابة عن الآمر لان ماليته تتلف بالاعتاق فلا يقع فى يده شئ لينوب عن الآمر ولانه عند عدم ذكر المال يحتمل ان يقدر رهبة و يحتمل ان يقدر بيعا فاسدا لعدم ذكر الثمن وليس البعض باولى من البعض فوقعت الجهالة فى التقدير زيلعى لكن فى قوله ان الطهارة ونية الصلاة لا يسقطان نظر لانه سبق ان مقطوع اليدين والرجلين اذا كان بوجهه جراحة يصلى بغير طهارة وسبق أن من استولت عليه الهموم بحيث لا يمكنه استحضار العزيمة بقلبه يكفيه التلفظ بلسانه

(باب نكاح الكافر)

هذا أولى من قول صاحب الهداية نكاح أهل الشرك لان الباب مشتمل على أنكحة أصناف أهل الكفر غير مختص بالمشركين ولانه لا يشمل الكتابى الا على القول بان أهل الكتاب داخلون فى المشركين على ما اختاره البعض حموى وههنا ثلاثة أصول الاول كل نكاح صحيح بين المسلمين فهو صحيح بين أهل الكفر خلافا لمالك ويرده قوله تعالى وامرأته حمالة الحطب وقوله عليه السلام ولدت من نكاح لا من سفاح والثانى كل نكاح حرم بين المسلمين لفقد شرطه كعدم شهود يجوز فى حقهم اذا اعتقدوه عند الامام ويقرون عليه بعد الاسلام والثالث كل نكاح حرم لحرمة المحل كالمحارم يقع جائزا وقال مشايخ العراق بل فاسدا وعليه فتجب النفقة ويحد قاذفه واجمعوا انهم لا يتوارثون لان الارث ثبت بالنص على خلاف القياس فى النكاح الصحيح فيقتصر عليه تنوير وشرحه وقوله واجمعوا انهم لا يتوارثون أى بهذا السبب وأما بالنسب فيتوارثون (قوله الا ان الكافر أدنى منه) أشار به الى الجواب عما عساه ان يقال حيث كان الرق أثر الكفر كان ينبغى تقديم نكاح الكافر على نكاح الرقيق (قوله تزوج كافر) قيد بكون المتزوج كافرا لان المسلم لو تزوج ذمية فى عدة كافر ذكر بعض المشايخ انه يجوز ولا يباح له وطؤها حتى يستبرئها وقال النكاح باطل كذا فى الخانية أقول و ينبغى ان لا يختلف فى وجوبها بالنسبة الى المسلم لانه يعتقد وجوبها الاترى ان القول بعدم وجوبها فى حق الكافر مقيد بكونهم لا يدينونها نهر وقوله كذا فى الخانية قال شيخنا عبارتها والذمى اذا أبان امرأته الذمية فتزوجها مسلم أوذمى من ساعته ذكر بعض المشايخ انه يجوز له نكاحها ولا يباح له وطؤها حتى يستبرئها بحيضة فى قول أبى حنيفة وفى قول صاحبيه نكاحها باطل حتى تعتد بثلاث حيض وروى أصحاب الامالى عن أبى حنيفة لا عدة عليها وقال شمس الائمة السرخسى اختلف المشايخ فى وجوب العدة على الذمية فى قول أبى حنيفة قال بعضهم لا عدة عليها وقال

وقال أبو يوسف الولاء لهما والنكاح فاسد *(باب نكاح الكافر)* والمناسبة بينهما ظاهرة لان الرق أثر الكفر الا ان الكافر أدنى منه (تزوج كافر بلا شهود

بعضهم تجب العدة الا انها ضعيفة لا تمنع النكاح كالاستبراء بين المسلمين بخلاف ما اذا كانت الذمية معتدة
من مسلم لان تلك العدة قوية فتمنع النكاح اهـ وقوله الا انها ضعيفة لا تمنع النكاح كالاستبراء بين المسلمين
أى كما يجوز تزوج الامة حال قيام وجوب الاستبراء على السيد حموى واعلم انه يتفرع على ما سبق من ان
العدة وان وجبت عند الامام على قول البعض الا انها لضعفها لا تمنع صحة النكاح ما ذكره الزيلعى بقوله
فاذا صح النكاح فحالة الاسلام والمرافعة حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا وجوب العدة فى حالة
البقاء لا ينافى صحة النكاح الا ترى ان المنكوحة اذا وطئت بشبهة بان تزوجها رجل ودخل بها يجب عليها
العدة وتحرم على الاول على ما هو المختار واختار خواهرزاده ان العدة لا تجب ولا يحرم وطؤها على الاول
وقيل ان كان الثانى عالما فكما اختاره خواهرزاده وان لم يعلم فكالاول الخ وقوله وقيل ان كان الثانى
عالما الخ ذكره قاضيخان واقتصر عليه وقال صاحب الخلاصة وبه يفتى اهـ واعلم ان المراد من قول الزيلعى
وتحرم على الاول أى مادامت فى العدة (قوله أو فى عدة كافر) قيد بكونه فى عدة كافر لانها لو كانت
فى عدة مسلم فانه لا يجوز بحر بخلاف المسلم اذا تزوج كافرة فى عدة كافر حيث يصح لان الاصح نفى وجوب
العدة من طلاق الكافر (قوله وذا فى دينهم جائز) فيه ان الشرط جوازه فى دين الزوج خاصة ابن الكمال
وفيه تأمل حموى ووجهه ما ذكره عزمى حيث اعترض على الدرر لجعله الشرط جوازه عند الزوجين فقال
ان قول صاحب الهداية ومن تبعه وهو فى دينهم جائز أولى لان اعتقاد المتزوجين وحدهما غير كاف فى
ذلك ولا حكم له اهـ (قوله ثم اسلما) او ترافعا الينا ولم يذكره لانه معلوم بالاولى نهر (قوله وقال زفر النكاح
فاسد فى الوجهين الخ) لان الخطابات عامة الا أنا لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا
أو اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان النكاح فى العدة لا يجوز اجماعا وقد التزموا أحكامنا
فتلزمهم والنكاح بغير شهود مختلف فيه ولابى حنيفة ان العدة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لكونهم غير
مخاطبين به ولا حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم وذكر فى النهاية ان الاختلاف
فيما اذا كانت المرافعة او الاسلام والعدة غير منقضية اما بعد انقضاء العدة لا يفرق بالاجماع زيلعى وقوله
ولا حقا للزوج لانه لا يعتقده أى لا يعتقد وجوب العدة والا فالظاهر تأنيث الضمير فان قلت ان الكفار
مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها قلت هكذا استشكل المسئلة فى فتح القدير ولم يجب والجواب كما
فى النهر عن البحر ان النكاح لم يتمحض معاملة بل فيه معنى العبادة (قوله لانه لو لم يدينوا جوازه لم يقرا
عليه فى الاسلام) اجماعا قال فى الفتح فيلزم فى المهاجرة وجوب العدة اذا كانوا يعتقدون لان المضاف
الى تباين الدارين الفرقة لا نفى العدة نهر (قوله فرق بينهما) أى فرق القاضى أو الذى حكماه در قال
البرجندى ظاهر العبارة يدل على انه لا تقع البينونة بالاسلام وقال قاضيخان تبين بدون تفريق القاضى
ذكره فى القنية حموى (قوله اذا اسلما) وكذا باسلام أحدهما أو مرافعتهما جميعا لا بمرافعة احدهما عند
الامام خلافا لهما نهر اذ بمرافعة احدهما يبقى حق الآخر بخلاف اسلامه لان الاسلام يعلو ولا يعلى در
ولو لم يترافعا قبل الاسلام لم يفرق بينهما وفى الغاية عن المحيط انه يفرق بطلب المطلقة ثلاثا اجماعا وكذا
فى الخلع وعدة المسلم لو كانت كتابية وكذا لو تزوجها قبل زوج آخر فى المطلقة ثلاثا كذا فى الشرح وغيره
والذى رأيته فى المحيط الرضوى بعد ما نقل ان المطلقة ثلاثا لو طلبت التفريق يفرق اجماعا قال وان
لم يطلبا التفريق لا يفرق خلافا لابى يوسف وزفر الا فى مواضع يفرق من غير مرافعة بأن يخلعها ثم يقيم
معها من غير عقد أو يطلقها ثلاثا ثم يتزوجها قبل التزوج باخر وكذا لو تزوج كتابية فى عدة مسلم صيانة
لماء المسلم اهـ وهذا مخالف لما فى الغاية من التوقف على الطلب فى الخلع ونحوه نهر وذكر فى الدر انه فى هذه
المسائل الثلاثة يفرق من غير مرافعة بحر عن المحيط خلافا للزيلعى والحاوى من اشتراط المرافعة انتهى
(قوله ثم هل لهذه الانكحة حكم الصحة) يعنى أنكحة الكفار محارمهم (قوله ولم يتعرض لهم بعقد الذمة) أى
بسبب عقد الذمة وفيه ان وضع المسئلة غير مخصوص بالذمى حموى (قوله ولا ينكح مرتد الخ) لان

اوفى عدة كافر) آخر (و) الحال ان
(ذا) أى التزوج بغير شهود ونكاح
المعتدة (فى دينهم جائز ثم أسلما اقرا
عليه) وقال زفر النكاح فاسد فى
الوجهين وقالا فى الوجه الاول كما
قال أبو حنيفة وفى الوجه الثانى كما
قال زفر وانما قيد بالجواز فى دينهم لانهم
لو لم يدينوا جوازه لم يقرا عليه فى الاسلام
(ولو كانت) الزوجة (محرمه فرق
بينهما) اذا أسلما ثم هل لهذه الانكحة
حكم الصحة فيما بينهم أم لا قال بعض
أصحابنا انها فاسدة فى حقهم اجماعا
وقال القاضى الامام أبو زيد ومن تابعه
ان نكاح المحارم صحيح فيما بينهم عند
أبى حنيفة وهو الصحيح حتى قال لو طلب
احدهما التفريق من القاضى لم يفرق
ويقضى لها بنفقة النكاح اذا طلبت
ولا يسقط احصانه اذا دخل بها حتى
لو اسلم فقذفه انسان يحد قاذفه عنده
ولو كان النكاح فاسدا لسقط احصانه
بالدخول بها وقالا هو باطل فى حقهم
(ولم يتعرض لهم بعقد الذمة (ولا ينكح
مرتدا ومرتدة احدا) اى لا مسلما
ولا مرتدة ولا كافرة ولا مسلما ولا مرتدا
ولا كافرا

النكاح يعتمد الملة ولا ملة له وما انتقل اليه لا يقر عليه عيني وهو أحسن مما علل به في النهر حيث قال أما المرتد فلاستحقاقه القتل والامهال ضرورة التامل والنكاح يشغله عنه ولا يرد من وجب عليه القصاص لان العفو مندوب اليه وأما المرتدة فانها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها ولهذا قال السيد بعد نقله فيه نظر لان ماذكر لا يتمشى في الامة المرتدة لانها لا تحبس بل تخلى مشغولة بخدمة الزوج (قوله ولا حربيا ولا ذميا) لا حاجة اليه فان الكافر يصدق بهما حموى (قوله والولد يتبع الخ) وهذا اذا لم تختلف الدار بان كانا في دار الاسلام أو في دار الحرب أو كان الصغير في دار الاسلام وأسلم الوالد في دار الحرب لانه من أهل دار الاسلام حكما وأما اذا كان الولد في دار الحرب والوالد في دار الاسلام فاسلم لا يتبعه ولده ولا يكون مسلما اذ لا يمكن ان يجعل الوالد من أهل دار الحرب بخلاف العكس زيلعي فما في الفتح من قوله أو على العكس من سهو القلم نهر ويتفرع على عدم تبعية الولد لابيه حيث كان الولد في دار الحرب وأبوه في دار الاسلام انه يصح سبيه ويكون مملوكا للسابي وما في حاشية الحموي من قوله ويكون مملوكا للذمي صوابه للسابي ولو أسلم أبوه في دار الاسلام ثم سبي الصبي بعده وصار في دار الاسلام فهو مسلم لانهما اجتمعا في دار واحدة فاما قبل الاخراج الى دار الاسلام فلا يكون مسلما باسلامه لان اختلاف الدار يمنع التبعية في الاحكام وعند عدم الابوين يتبع الدار حموي عن الايضاح والمفيد بقي ان يقال في قول المصنف والولد يتبع خير الابوين دينا نظر لانه لا يشمل تبعية الولد لابيه المرتد اذا كانت امه نصرانية كما سيأتي في باب المرتدين لان المرتد لا دين له الا ان يقال المراد الدين ولو حكما والمرتد باعتبار جبره على الاسلام قريب من المسلم فصار بهذا الاعتبار مسلما حكما حموي واعلم ان في التقييد بالابوين ايماء الى انه لا يتبع الجد وهذه مما خالف فيه الجد الاب وتتصور تبعيته لامه المسلمة وأبوه كافر بان كانا كافرين فاسلمت فقبل عرض الاسلام عليه ولدت بحر عن المعراج (قوله خير الابوين دينا) تمييز محول عن المفعول وغلب الاب لشرفه حموي (قوله والمجوسي شر من الكتابي) اذ له دين سماوي دعوى ولهذا تؤكل ذبيحته ويجوز نكاح نسائهم للمسلمين فكان المجوسي شرا حتى اذا ولد بينهما ولد يكون كتابيا تبعا درر وقوله اذ له دين سماوي دعوى أي بحسب دعواهم فانهم يحسبون ان دينهم ليس بمنسوخ والا فهو ليس بدين سماوي الآن عزمي زاده وكذا الوثني وسائر أهل الشرك شر من الكتابي والنصراني شر من اليهودي في الدارين لانه لا ذبيحة له بل يخنق كمجوسي وفي الآخرة أشد عذابا وفي جامع الفصولين ولو قال النصرانية خير من اليهودية أو المجوسية كفر لاثباته الخير لما قبح بالقطعي لكن ورد في السنة ان المجوسي أسعد حالا من المعتزلة لاثبات المجوسي خالقين فقط وهؤلاء خالقا لا عدد له در عن البزازية واعلم ان خير وشر يستعملان للمفاضلة ولغيرها فاذا كانا للمفاضلة فاصلهما أخير وأشر على وزن أفعل وقد نطق باصلهما فروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لامته أنتم أخيرهم يوم القيمة أي أخير الامم وأما اذا لم يكونا للمفاضلة فهما من جملة الاسماء كقوله تعالى ان ترك خيرا حموي (قوله والشافعي يخالفنا في ان الولد كتابي الخ) ويجعله مجوسيا لان المعارضة تحققت فاحدهما يوجب الحرمة والآخر يوجب الحل فيرجح ما يوجب الحرمة لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام في شئ الا غلب الحرام الحلال بخلاف ما اذا كان أحدهما مسلما لان الكفر لا يعارض الاسلام ولنا ان حل الذبيحة والمناكحة من احكام الاسلام فيرجح بهما كما يرجح بالاسلام فلا تتحقق المعارضة وقوله يرجح ما يوجب الحرمة ينتقض بما لو كان أحدهما مسلما زيلعي (قوله ولو اسلم احد الزوجين) بالغا كان أو صبيا بشرط التمييز فيفرق باباء الصبي المميز باتفاق على الاصح بحر لكن في الاطلاق مؤاخذة من وجه آخر اشمولة لما لو كان الذي أسلم زوج الكتابية وليس كذلك فلو قيد المسئلة بالمجوسيين كما في الدرر لكان أولى وكانه استغنى بما سيجيء من قوله ولو أسلم زوج الكتابية بقي نكاحها فان قلت يرد عليه ما لو أسلم زوج المجوسية فتهودت أو تنصرت حيث لا يفرق بينهما مع ان ظاهر كلامه يقتضي التفريق قلت يجاب بما في البحر من انه يمكن ان يراد بالكتابية ولو مآلا فلا يرد

ولا حربيا ولا ذميا (والولد يتبع خير الابوين دينا) فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك لو اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه (والمجوسي شر من الكتابي) فيكون الولد تابعا الكتابي والشافعي يخالفنا في ان الولد كتابي حتى لا تحل ذبيحته عنده (ولو اسلم احد الزوجين

(قوله عرض القاضي الاسلام على الآخر) بالغا كان أو مميزا ولو كان غير مميز ينتظر عقله ولو مجنونا لم ينتظر لعدم نهايته فيعرض الاسلام على أبويه فان أسلم أحدهما بقي النكاح لتبعيته له فلو لم يكن له أي للمجنون أبوان فالحكم شرنبلالية قلت قال في الدرفان لم يكن له اب نصب القاضي عنه وصيا فيقضي عليه بالفرقة باقاني عن البهنسي عن روضة العلماء الزاهدي اه (قوله أي وان أبي الاسلام فرق القاضي بينهما) ومنه ما اذا سكت غير انه في هذه الحالة يكرر عليه العرض ثلاثا احتياطا نهر (قوله وان كان بعد الدخول يتوقف وقوع الفرقة بينهما على انقضاء ثلاثة اقراء) لان النكاح بعد الدخول متأكد فيؤجل الى ثلاث حيض ولنا ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرق بين نصراني ونصرانية باباته عن الاسلام رواه الطحاوي وأبو بكر بن العربي في العارضة وظهر حكمه بينهم ولم ينقل الينا خلافه فكان اجماعا عيني ومنه تعلم ان المراد بالاقراء في كلام الشارح الحيض والعارضة شرح الترمذي للاحوذي بالذال المعجمة شيخنا (قوله واباؤه طلاق) فتعتد اذا أسلمت بعد الدخول بها وأبى الزوج بحر بخلاف المهاجرة لانه لا خطر لنكاح الحربي لكونه ملحقا بالجماد واعلم ان المراد بالطلاق في كلام المصنف البائن حموي عن النهاية ولفظه واباؤه طلاق بائن مطلقا سواء كان قبل الدخول أو بعده عندهما وعند أبي يوسف فسخ قال في النهاية حتى لو اسلم الزوج لا يملك الرجعة تغليظا للامر عليه اه واطلق في كون اباء الزوج طلاقا فعم الصغير المميز وكذا اباء أحد أبوي المجنون طلاق أيضا في الاصح در وقوله وهو من اغرب المسائل حيث يقع الطلاق من صغير ومجنون زيلعي وفيه نظر اذ الطلاق من القاضي وهو عليهما لا منهما فليسا بأهل للايقاع بل للوقوع نظر فيه شيخنا التصريح بانه انما كان اباؤه طلاقا لانه لما فات الامساك بالمعروف وجب التسريح بالاحسان فان فعل والا ناب القاضي منابه فكان تفريق القاضي باباته بطريق النيابة عن المميز واحد أبوي المجنون وفعل النائب منسوب للمنوب عنه لا محالة فكان الطلاق واقعا منهما حكما اه وقوله في الاصح يشير الى ان الاباء من احد أبوي المجنون لا يكون طلاقا بل فسخا على غير الاصح (قوله مطلقا سواء كان قبل الدخول او بعده) ثم ان كان الاباء منه وجب لها كل المهر في المدخول بها ونصفه في غير المدخول بها وان كان الاباء منها فلا شئ لها الا للموطوءة لان غير الموطوءة فوتت المبدل قبل تأكد البدل فاشبه الردة والمطاوعة درر والمطاوعة بفتح الواو يعني انها اذا ارتدت والعياذ بالله تعالى او مكنت ابن زوجها فان كان بعد الدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها عناية (قوله وعند أبي يوسف فسخ) لابي يوسف انه يتصور وجوده من المرأة وبمثله لا يقع الطلاق عيني فكان كالفرقة بسبب الملك ولهما انه لما فات الامساك بالمعروف وجب التسريح بالاحسان فان طلق والا ناب القاضي منابه في ذلك فيكون طلاقا اذا كان نائبا عمن اليه الطلاق لانه أي القاضي انما ينوب عنه فيما التفريق به والذي اليه الطلاق وفي هذا تصريح بانه لو طلق وقع ولم يحتج الى التفريق اما المرأة فالذي اليها الفسخ فاذا ناب القاضي منابها فيه بخلاف الملك فان الفرقة فيه لا بهذا المعنى بل للتنافي واعلم ان في جعل الاباء طلاقا نوع تجوز وفي الحقيقة انما هو سبب فقط كما يفصح عن ذلك ما مر نهر ولهذا قال الشلبي فان قلت فهذا صريح في ان الاباء ليس بطلاق انما الطلاق تفريق القاضي بعد الاباء حيث لم يوجد من الزوج طلاق فكيف يستقيم قوله في المتن واباؤه طلاق قلت لما كان الاباء سببا لتفريق القاضي اطلق عليه طلاقا من باب اطلاق السبب على المسبب وهو سائغ (قوله لا اباؤها) أي لا يكون الاباء منها طلاقا بل فسخا بالاتفاق (قوله ولم يكونا من اهل الكتاب) ينبغي تقييده بما بعد تهودها او تنصرها لما قدمناه من ان تنصر المجوسية او تهودها بعد اسلام زوجها المجوسي حكمه حكم ما لو كانت وقت ان اسلم كتابية (قوله او كانا والمرأة هي التي اسلمت) احترز به عما لو كان الرجل هو الذي اسلم (قوله لم تبن حتى تحيض ثلاثا) او تمضي ثلاثة اشهر لو كانت آيسة او صغيرة نهر ووجه توقف البينونة على الحيض ان الاسلام ليس سببا لها ولابد منها رفعا للفساد وعرض الاسلام متعذر لقصور الولاية فاقمنا شرطها في

عرض) القاضي (الاسلام على الآخر فان اسلم) فهي امرأته (والا) اي وان ابى (فرق) القاضي (بينهما) ولا يتوقف مطلقا سواء كان قبل الدخول او بعده وقال الشافعي ان كان قبل الدخول وقعت الفرقة باسلام احدهما وان كان بعد الدخول يتوقف وقوع التفرقة بينهما على انقضاء ثلاثة اقراء ثم اعلم ان هذه الفرقة طلاق عند ابي حنيفة ومحمد اذا اسلمت المرأة فقط وعند ابي يوسف لا تكون طلاقا اما اذا اسلم الزوج فقط فلا تكون الفرقة طلاقا اتفاقا والى هذا اشار بقوله (واباؤه طلاق) مطلقا سواء كان قبل الدخول او بعده عندهما وعند ابي يوسف فسخ وقال الشافعي اباؤه بعد الدخول لا يكون طلاقا بل موقوفا كما مر آنفا (لا اباؤها ولو اسلم احدهما ثمة) اي في دار الحرب ولم يكونا من اهل الكتاب او كانا والمرأة هي التي اسلمت فانه يتوقف (لم تبن) المرأة مطلقا سواء دخل بها او لم يدخل (حتى تحيض ثلاثا) وقال الشافعي ان كان قبل الدخول وقعت الفرقة باسلام احدهما في الحال وان كان بعد الدخول تتوقف على مضي ثلاثة قروء

الطلاق الرجعي وهو نفي المدة مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي يفصل كما مر في الاسلام في دارنا واذا وقعت البينونة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند الامام خلافا لهما حموي وقوله فلا عدة عليها يعني الا اذا كانت حاملا كما في الشرنبلالية عن الكافي وقوله كما في حفر البئر يعني به ان للاضافة الى الشرط عند تعذر الاضافة الى العلة نظيرا في الشرع وهو حافر البئر في الطريق يضاف ضمان ما تلف بالسقوط فيه الى الحفر وهو شرط لان العلة ثقل الواقع و قد تعذر لكونه طبيعيا فاضيف الى الشرط فيه وهو الحفر لانه لم تعارضه العلة شرنبلالية أيضا وفي قوله لم تبن ايماء الى ان الفرقة طلاق وهو قولهما وجزم به محمد في السير الكبير وقال الثاني هو فسخ نهر قال الحموي ولو حمل الاول على ما اذا كان هو الآبي والثاني على ما اذا كانت هي الآبية لكان حسنا واقول فيه نظر من وجهين اما اولا فلان الاباء فرع العرض وهو هنالك متعذر واما ثانيا فهو ما يلزم على هذا الحمل من صيرورة الخلاف لفظيا وهو خلاف ما سبق عند قول المصنف واباؤه طلاق فتدبر (قوله ولو اسلم زوج الكتابية) ولو ما لا بقي نكاحها الان للمسلم التزوج بها ابتداء فالبقاء سهل (قوله وتباين الدارين) حقيقة وحكما بسبب الفرقة حتى لو خرج احدهما من دار الحرب الى دار الاسلام مسلما او ذميا او اسلم او عقد عقد الذمة في دار الاسلام وقعت الفرقة بينهما لانه ينافي انتظام المصالح وما ينافيها يقطع النكاح كالمحرمية والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وبالحكمي ان لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل على سبيل القرار والسكنى حتى لو دخل الحربي دارنا بأمان لم تبن زوجته لانه في داره حكما الا اذا قبل الذمة نهر (قوله لا السبي) لانه يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء ولهذا لو زوج أمته جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة مسلم او ذمي لا يبطل النكاح نهر عن العناية (قوله وعند الشافعي سبب الفرقة السبي دون التباين) حتى تقع الفرقة عنده بالسبي ولو سبيا معا ولا تقع بالتباين لان السبي يقتضي صفاء المسبي للسابي اما تباين الدارين فتأثيره في انقطاع الولاية لا في ابطال النكاح الا ترى ان الحربي المستأمن او المسلم المستأمن لم تقع الفرقة بينه وبين امرأته ولنا انه مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح والنكاح شرع لمصالحه لا لعينه فلا يبقى عند عدمها كالمحرمية اذا اعترضت عليه لان أهل الحرب كالموتى ولهذا لو التحق بهم المرتد يجري عليه احكام الموتى فلا يشرع النكاح بين الحي والميت بخلاف المستأمن لان تباين الدار فيه لم يوجد حكما لقصده الرجوع الى داره اذ هو لم يدخلها للقرار زيلعي فان قلت رده عليه السلام بنته زينب رضي الله عنها الى زوجها بالعقد الاول دليل على ما ذكر قلت روي انه عليه السلام ردها بعقد جديد فكان المثبت أولى من النافي على ان ما رواه غير صحيح عند اهل النقل فلا يعارض ما رويناه لصحته فان قلت فيما رويتم حجاج وهو متكلم فيه قلت هذا جرح مبهم فلا يصح وقد وثقه اهل النقل حتى خرج له مسلم ولان ما رواه متروك الظاهر لانه ذكر فيه ان اسلامها كان قبل اسلامه بست سنين وقيل بسنتين وهم لا يرون بقاء النكاح بعد انقضاء عدتها قبل اسلام المتأخر منهما فان قلت قد أباح عليه السلام وطء سبايا اوطاس بعد الاستبراء وقد سبين مع ازواجهن قلت لا نسلم بل سبين وحدهن لان رجالهن قتلوا عيني وقوله روي أنه عليه السلام ردها بعقد جديد قال في الفتح روى ذلك الترمذي وابن ماجه والامام احمد وايضا يقطع بأن الفرقة وقعت بينها وبين زوجها أبي العاص بعدة تزيد على عشر سنين فانها أسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعا صلى الله عليه وسلم خديجة و بناته وقد انقضت العدة وروي أنها كانت حاملا فأسقطت حين خرجت مهاجرة الى المدينة واستمر ابن الربيع على شركه الى ما قبيل الفتح فخرج تاجرا الى الشام فأخذت سرية المسلمين ماله وأعجزهم هربا ثم دخل بليل على زينب فأجارته ثم كلم صلى الله عليه وسلم السرية فردوا ماله فاحتمل الى مكة وكان رجلا كريما أمينا فلما لم يبق لاحد عليه علقة قال يا أهل مكة هل بقي لاحد منكم عندي مال لم يأخذه قالوا لا فجزاك الله خيرا فقد وجدناك وفيا كريما قال فاني أشهد ان لا اله الا الله وان محمدا

(ولو اسلم زوج الكتابية بقي نكاحها (وتباين الدارين سبب) وقوع (الفرقة لا السبي) وعند الشافعي سبب الفرقة السبي دون التباين حتى اذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وعند الشافعي لا تقع ولو سبي احد الزوجين تقع الفرقة بينهما اتفاقا عندنا لتباين الدارين وعند الشافعي للسبي وان سبيا معا لم تقع الفرقة بينهما عندنا وعند الشافعي تقع

عبده ورسوله والله ما منعني من الاسلام الا ان تظنوا اني انما اردت ان آكل اموالكم فلما اذا ما الله اليكم
وفرغت منها اسلمت وما ذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين اوثمان سنين اوثلاث سنين فانما
ذلك من حين فارقته بالابدان وذلك بعد غزوة بدر واما البينونة فقبل ذلك بكثير لانها ان وقعت من حين
آمنت فهي قريب من عشرين سنة الى اسلامه وان وقعت من حين نزلت ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا
وهي مكية فاكثر من عشر واعلم ان بناته صلى الله عليه وسلم لم تتصف واحدة منهن قبل البعثة بكفر ليقال
آمنت بعد ان لم تكن مؤمنة فقد اتفق علماء المسلمين ان الله تعالى لم يبعث نبيا قط اشرك بالله طرفة عين
والولد يتبع المؤمن من الابوين فلزم انهن لم تكن احداهن قط الا مسلمة نعم قبل البعثة كان الاسلام
اتباع ملة ابراهيم عليه السلام ومن حين البعثة لا يثبت الكفر الا بانكار المنكر بعد بلوغ الدعوة ومن أول
ذكره عليه السلام لاولاده لم تتوقف واحدة منهن انتهى ومنه تعلم ان المراد من قول الشيخ العيني فيما سبق
كالزيلعي ولان ما رواه متروك الظاهر لانه ذكر فيه ان اسلامها قبل اسلامه الخ أي متابعتها لابيها عليه
السلام مع ما كانت عليه من كونها قبل التبعية على ملة ابراهيم عليه السلام فالمراد باسلامها تبعيتها
لابيها عليه السلام لا انها كانت متصفة قبل ذلك بالكفر ونقل شيخنا عن المواهب اللدنية مانصه واما
زينب فهي اكبر بناته بلا خلاف الا ما لا يصح وانما الخلاف فيها وفي القاسم ايهما ولد اولا قال ابن
اسحاق انها ولدت سنة ثلاثين من مولد النبي صلى الله عليه وسلم وولدت لزوجها وابن خالتها ابي العاص
عليا مات صغيرا قد ناهز الحلم وكان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم على ناقته يوم الفتح وولدت له أيضا
امامة التي حملها عليه السلام في صلاة الصبح على عاتقه وكان اذا ركع وضعها واذا رفع رأسه من السجود
اعادها وتزوجها علي بن أبي طالب بعد موت فاطمة انتهى (تتمة) ما نقل عنه عليه السلام من قوله ان
أبي وأباك في النار ليس على ظاهره وما نقل عن أبي حنيفة انه قال في الفقه الاكبر ان أبوي النبي صلى الله
عليه وسلم ماتا على الكفر مردود بان النسخ المعتمدة من الفقه الاكبر ليس فيها شئ من ذلك وبان الموجود
فيها ذلك لابي حنيفة محمد بن يوسف البخاري لا لابي حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي قال شيخنا هذا
ما نص عليه ابن حجر الهيتمي ثم المكي في فتاواه انتهى (قوله وتنكح المهاجرة) الينا وهي التاركة دارها على
عزم عدم العود مسلمة او ذمية نهر او اسلمت في دار الاسلام او صارت ذمية حموي ودرر (قوله الحائل)
وهي التي لم تكن حاملا وضع المسئلة في المهاجرة لان التي طلقت في دار الحرب لا عدة عليها اتفاقا نهر
(قوله وعندهما تلزمها العدة) لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام
وفيه نظر لانه منقوض بالمسبية وما قيل حلها للسابي دليل على فراغ رحمها ليس بشئ اذ لو كان كذلك لوجب
الاستبراء ولابي حنيفة انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهار الخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب
على المسبية وفيه نظر لان المفهوم منه ان العدة تجب حقا للزوج على ما افصح عنه من قال لانه لو وجبت
لوجبت حقا للزوج ولا حرمة للحربي وقد مر في باب المهر انها حق الشرع والولد حموي عن ابن الكمال
فالاسلم ان يستدل للامام بما في الدرر من قوله وجه جواز النكاح قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن
حيث أباح نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد العدة زيادة على النص وهي نسخ الخ (قوله مالم تضع
حملها) هو الاصح لان في بطنها ولدا ثابت النسب فظهر في حق المنع احتياطا نهر (قوله وروى الحسن عن
أبي حنيفة انه يصح النكاح الخ) رجحه الاقطع وظاهر الرواية هو الاول نهر (قوله وارتداد أحدهما الخ)
ويشترط ان يكون المرتد صاحيا فان اسلام السكران وان صح لا يصح ارتداده ولا تبين امرأته حموي عن
البرجندي (قوله فسخ في الحال) اي رفع للعقد من اصله سواء كانت المراة مسلمة او كتابية حموي عن المفتاح
وحيث كان ارتداد احدهما فسخا فلا ينتقص به اعداد الطلاق نهر (قوله وقال محمد ان كانت الفرقة
من قبل الزوج الخ) هو يعتبرها بالاباء وابو يوسف مر على اصله في الاباء وابو حنيفة فرق بينهما ووجهه
ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة او لاستلزام المصالح والطلاق رافع فتعذر جعل الردة

(وتنكح) المراة (المهاجرة الحائل) في الحال مطلقا سواء كانت مسلمة او ذمية (بلا عدة) عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تلزمها العدة اما اذا كانت حاملا فلا نقول بوجوب العدة عليها ولكنها لا تنكح مالم تضع حملها وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى انه يصح النكاح ولكن لا يقربها (وارتداد احدهما فسخ في الحال) مطلقا سواء كان قبل الدخول او بعده وقال الشافعي لا تقع الفرقة بعد الدخول حتى تنقضي الاقراء وقال محمد ان كانت الفرقة من قبل الزوج فهي فرقة بطلاق (فللموطوءة المهر) الكامل (ولغيرها نصفه ان ارتد) الزوج

طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت به الامساك بالمعروف فيجب التسريح على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء
على القضاء ولا تتوقف الفرقة بالردة حموى هذا وسكت عن العدة ولا ريبة فى وجوبها غير انه لا نفقة لها
فيها لكن لها السكنى وبه يفتى خلاصة وهذا اذا كانت هى المرتدة فان كان هو المرتد فلها النفقة ولو
ماتت ورثها زوجها المسلم استحسانا لا قياسا وهو قول زفر خانية وفيها لو لحقت بدار الحرب كان له ان
يتزوج بأختها واربع سواها نهر يعنى ولو قبل انقضاء العدة (قوله وان ارتدت المرأة لا شئ عليه) لان
الفرقة من جهتها قبل الدخول بمعصية توجب سقوطه در روصرحوا بتعزيرها خمسة وسبعين وتجبر على
الاسلام وعلى تجديد النكاح زجرا لها بمهر يسير كدينار وعليه الفتوى والولوالجية وأفتى مشايخ بلخ بعدم
الفرقة بردتها زجرا وتيسيرا لاسيما التى تقع فى الكفر ثم تنكر قال فى النهر والافتاء بهذا أولى من الافتاء بما فى
النوادر لكن قال المصنف ومن تصفح أحوال نساء زماننا وما يقع منهن من موجبات الردة مكررا فى كل
يوم لم يتوقف فى الافتاء برواية النوادر أقول وقد بسطت فى القنية والمجتبى والفتح والبحر وحاصلها
انها بالردة تسترق وتكون فيأ للمسلمين عند أبى حنيفة ويشتريها الزوج من الامام أو يصرفها اليه لو مصرفا
ولو استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها وله بيعها ما لم تكن ولدت منه فتكون كام الولد ونقل المصنف فى
كتاب الغصب ان عمر رضى الله عنه هجم على نائحة فضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له يا أمير المؤمنين
قد سقط خمارها فقال انها لا حرمة لها ومن هنا قال الفقيه أبو بكر البلخى حين مر بنساء على شط نهر كاشفات
الرؤس لا حرمة لهن انما الشك فى ايمانهن كانهن حربيات در تتمة ذكر الابيارى فى شرح الجامع الصغير فى الكلام
على قوله عليه السلام اجيبوا الداعى ولا تردوا الهدية ولا تضربوا المسلمين انه عليه السلام عاش ما ضرب
بيده خادما ولا عبدا ولا امة انتهى (قوله ولو ارتدا معا) بان لم يعرف سبق أحدهما على الآخر نهر (قوله
فهما على نكاحهما استحسانا) ووجهه ان بنى حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم تأمرهم الصحابة بتجديد الانكحة
وارتدادهم واسلامهم واقع معا لجهالة التاريخ فترك القياس لاجماعهم عينى (قوله وفى القياس تقع الفرقة
بينهما وهو قول زفر) لان ردة أحدهما منافية فردتهما بالاولى وجوابه ما قد علم (قوله وبانت لو اسلما
متعاقبا) لان اسلام احدهما اذا تقدم بقى الآخر على ردته فيتحقق الاختلاف در رفان كان المتأخر اسلاما
هى المراة قبل الدخول سقط المهر وان كان هو الزوج لها نصف المهر والمتعة نهر ولو كانت نصرانية تحت
مسلم فتمجسا وقعت الفرقة بينهما عند أبى يوسف خلافا لمحمد عينى لانهما ارتدا معا لان تمجس النصرانية
كاحداث اصل الكفر وهذا لان المجوسية لا يجوز للمسلم ان يتزوج بها فاحداثها كاحداث الردة لابى يوسف
ان الزوج لا يقر على ذلك الدين بل يجبر على الاسلام والمراة تقر عليه فصار كردة الزوج وحده وهذا لما
عرف ان الكفر كله ملة واحدة فالانتقال من كفر الى كفر لا يجعل كالانشاء فصار كما لو تهودا فان
الفرقة تقع فيه بالاتفاق فكذا هذا ومحمد يفرق فيقول ان المجوسية لا يجوز التزوج بها فيكون احداثها
كالارتداد بخلاف اليهودية الا ترى انها لو تمجست وحدها تقع الفرقة بينهما ولو تهودت لا تقع فافترقا زيلعى

(باب القسم)

لما ذكر جواز نكاح اربعة من النسوة للحر وثنتين للعبد لم يكن بد من بيان القسم غير ان اعتراض ما هو اهم
بالذكر اوجب تأخيره وهو لغة تعيين الانصباء بين الشركاء وشرعا التسوية بين المنكوحات فى البيتوتة
والملبس والمشرب والسكنى حموى لا فى المجامعة لانها تنبنى على النشاط فلا يقدر على التسوية فيها كالمحبة
در رفلو كان عمله ليلا كالحارس قسم نهارا كما ذكره الشافعية وهو حسن نهر (قوله وهو فرض) قال
الحموى ساقه مساق المنقول وقوله فى النهر ينبغى ان يكون فرضا لظاهر الاية تعقبه بان الفرضية لا تثبت
بالظاهر بل بالصريح القطعى انتهى ويؤيده ما فى الفتح حيث قال وهو واجب لقوله تعالى بعد بيان حل

(وان ارتدت) المراة (لا) شئ عليه
واعلم ان قوله ان ارتد متعلق بقوله
لغيرها (والاباء نظيره) أى نظير
الارتداد فان فرق بينهما باباتها
بعد الدخول فلها المهر وان كان قبل
الدخول فلا مهر لها وان كان باباته
بعد الدخول فلها جميع المسمى
وان كان قبل الدخول فلها نصفه
(وان ارتدا) معا (واسلما) معا (لم
تبن) المراة فهما على نكاحهما
استحسانا وفى القياس تقع الفرقة
بينهما وهو قول زفر (وبانت) المراة
(لو اسلما) حال كون كل منهما (متعاقبا
للآخر *(باب القسم)* بالفتح
مصدر قسم وبالكسر النصيب وهو
فرض

الاربع فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فاستفدنا حل الاربع مقيدا بعدم خوف عدم
العدل وثبوت المنع عن اكثر من واحدة عند خوفه فعلم ايجابه عند تعددهن انتهى (قوله البكر
كالثيب والجديدة كالقديمة) لاطلاق النصوص وخصهما مع ان المجنونة التى لا يخاف منها والمريضة
والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التى يمكن وطؤها والمحرمة والمظاهر منها والمولى منها والحامل كغيرها
لانهما محل الخلاف ولما رجح المنكوحة اذا وطئت بشبهة وهى فى العدة والمحبوسة بدين لا قدرة لها على
وفائه والناشزة والمسطور فى كتب الشافعية انه لا قسم لها فى الكل وعندى انه يجب للموطوءة بشبهة اخذا
من قولهم انه لمجرد الايناس ودفع الوحشة وفى المحبوسة ترددوا اما الناشزة فلا ينبغى التردد فى سقوطه لها
لانها بخروجها رضيت باسقاط حقها واما المطلقة الرجعية فان اراد مراجعتها قسم والا لا نهر واقول فى
دعوى وجوبه فى العدة للمنكوحة الموطوءة بشبهة تأمل فان نفقتها فى هذه العدة ليست واجبة عليه ومعلوم
ان القسم عبارة عن التسوية فى البيتوتة والنفقة والسكنى فليحرر حموى والتقييد بانه لا قدرة لها على
وفائه يقتضى انها اذا كان لها قدرة لا قسم لها وهو ظاهر (قوله وقال الشافعى ان كانت الجديدة بكرا
يفضلها بسبع ليال الخ) ولا يحتسب عليها بذلك الا اذا طلبت زيادة على ذلك فحينئذ بطل حقها ويحتسب
عليها بتلك المدة لقوله عليه السلام للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود الى أهله وبه قال مالك واحمد قلنا
المراد منه التفضيل بالبداءة للجديدة دون الزيادة وهو محمول على الصلح عينى بان يبدا بالجديدة فيبيت
عندها سبعا ان كانت بكرا او ثلاثا ان كانت ثيبا ثم يبيت عند القديمة كذلك اى سبعا او ثلاثا واقول
فى الاستدلال بهذا الحديث على انها اذا طلبت الزيادة سقط حقها ويحتسب عليها بتلك المدة نظر لا يخفى
الا ان يكون ذلك لدليل آخر (قوله والمسلمة كالكتابية) اى فى القسم وما فى الغاية اتفقوا على وجوبها
فى النفقة يضاده الزيلعى بانه لا يتأتى الا على قول من اعتبر حاله لا على من اعتبر حالهما واجاب الغزى
بان مراده التسوية فى وجوب النفقة لا فى كميتها بخلاف ما فى الدرر لتصريحه بانه لا يجوز ترجيح بعض
على بعض ولا يمكن الجواب عنه اما كلامه فى الغاية فليس فيه تصريح بذلك فظهر الفرق (قوله فيه
اى فى القسم) لاطلاق قوله عليه السلام من كان له امرأتان ومال الى احداهما فى القسم جاء يوم القيامة
وشقه مائل ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهما فى ذلك والاختيار فى مقدار الدور للزوج
لان المستحق التسوية دون طريقها وما فى الدرر من ان التسوية تستحق فى البيتوتة والنفقة والسكنى
وانه لا يجوز ترجيح بعض على بعض تعقبه فى الشرنبلالية بان فيه اخراجا للمتن عن افادته موافقة ما سيذكره
فى النفقة من انها معتبرة بحالهما الا ان العدل فى المأكل والملبس بعدم تعدى الواجب فاذا كانت احدى
نسائه غنية لا يكون نفقته على الاخرى الفقيرة مثلها فتفسير العدل بانه لا يجوز ترجيح بعض على بعض
لا يكون الا على القول باعتبار حال الزوج وليس هو المفتى به او يحمل على تساوى حال النساء فى الغنى
او الفقر انتهى (تنبيه) المجبوب والخصى والعنين كالفحل وكذا الصبى اذا دخل بامرأته لان وجوبه
لحق النساء وحقوق العباد تتوجه على الصبيان عند وجود تقرر السبب وفى فتح القدير وقال مالك ويدور
ولى الصبى به على نسائه وظاهره انه لم يطلع فيه على شئ عندنا واذا قلنا بوجوبه على الصبى وتركه فهل يأثم
الولى اذا لم يأمره بذلك ولم يدر به قال فى البحر وينبغى ان يأثم وعماد القسم الليل ولا يجامع المرأة فى غير يومها
ولا يدخل ليلا على التى لا قسم لها ولا باس ان يدخل عليها نهارا لحاجة ويعودها فى مرضها فى ليلة غيرها
فان ثقل مرضها فلا باس ان يقيم عندها حتى تشفى او تموت شرنبلالية عن الجوهرة ولم يقيده بما اذا لم يكن
عندها من يؤنسها كما فى النهر (تنبيه آخر) القسم عند تعدد الزوجات فمن له امرأة واحدة لا يتعين حقها
فى يوم من كل اربعة فى ظاهر الرواية ولو كان له اماء ومستولدات فلا قسم ايضا ويستحب ان يسوى بينهن
فى المضاجعة (تنبيه آخر) لا يلزم بعد تمام الدور على نسائه ان يبتدئ الدور عليهن عقب تمامه فانه لو ترك
المبيت عند الكل بعض الليالى وانفرد بنفسه او كان بعد تمام الدور على نسائه مع سراريه وامهات اولاده

(البكر كالثيب) مطلقا سواء كانت البكر قديمة او جديدة (والجديدة كالقديمة) مطلقا سواء كانت الجديدة بكرا او ثيبا وقال الشافعى ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا بثلاث ليال (والمسلمة كالكتابية) والمراهقة كالبالغة والعاقلة كالمجنونة (فيه) أى فى القسم

قوله قوله فيه حق هذه القولة التأخير عن القولة التى بعدها كما هو ترتيب الشارح

لا يمنع

لايمنع من ذلك وفى الجوهرة قدقالوا ان الرجل اذا امتنع من القسم يضرب لانه لا يستدرك الحق فيه بالحبس لانه يفوت بمضى الزمان انتهى ولا يعزر فى المرة الاولى بل اذا عاد بعدمانهاه القاضى اوجعه عقوبة وامره بالعدل لاساءة ادبه وارتكابه محرما وهذا مستثنى من قولهم القاضى مخير فى التعزير بين الضرب والحبس لاختصاص هذا بغير الحبس شرنبلالية عن البحر (قوله والعاقلة كالمجنونة) يعنى التى لايخاف منها كماسبق والحائض والنفساء والقرناء والرتقاء كغيرها (قوله وللحرة ضعف الامة) ولومكاتبة اومبعضة بذلك قضى الصديق وعلى رضى الله عنهما ولان حل الامة انقص من حل الحرة بدليل انه لايجوز نكاحها معها ولا بعدها فلابد من اظهار النقصان فى الحقوق نهر وفيه نظر لانه ان اراد كل الحقوق يرد النفقة والسكنى لعدم وجوب اظهار النقصان فيهما وان لم يرد كلها لايتم التعليل واعلم ان المكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم حموى ولواقام عند الامة يوما فاعتقت يقيم عند الحرة يوما وكذا لواقام عند الحرة ثم عتقت الامة ينتقل الى العتيقة لان المنقص قدزال وفى الاولى خلاف زفر تبيين (قوله والمريضة فى القسم كالصحيحة) وكما ان مرضها لا يسقط حقها فى القسم فكذا مرضه لايكون مسقطا لحقهن فى القسم قال فى البحر ولم أر كيفية قسمه فى مرضه حيث كان لا يقدر على التحول الى بيت الاخرى والظاهر انه اذا صح ذهب عند الاخرى بقدر ما أقام عند الاولى مريضا ولايخفى انه اذا كان الاختيار فى مقدار الدور اليه حال صحته ففى مرضه أولى فاذا مكث عند الاولى مدة أقام عند الثانية بقدرها واذا مرض فى بيت له دعا كل واحدة فى نوبتها لانه لو كان صحيحا واراد ذلك ينبغى ان يقبل منه نهر وأقول كيف يتصور ان يقدر الدور حال مرضه فضلا عن كونه أولى مع كونه لا يعرف مقدار مدة مرضه حتى يقدر به الدور اللهم الا ان يكون مرضه حمى ذات ادوار كما عرف فى كتب الطب حموى وأقول المراد من تقدير الدور فى المرض أى ما لا بعد حصول البرء بان يقيم عند الثانية فى الصحة بقدر ما أقام عند الاولى فى المرض واعلم ان ماذكروه من ان الاختيار فى تقدير الدور اليه ليس على اطلاقه حتى لواراد ان يدور سنة لا يطلق له بل لا ينبغى ان يطلق له مقدار مدة الايلاء واذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب ان تعتبر المدة القريبة وأظن أكثر من جمعة مضارة الا ان ترضيا به قال فى البحر والظاهر الاطلاق لانه لامضارة حيث كان على وجه القسم لانها مطمئنة بمجىء نوبتها وانتصر فى النهر لما فى الفتح بقوله وفى نفى المضارة مطلقا نظر لايخفى انتهى وهذا ظاهر فى عدم الوقوف على ما فى الخلاصة من انه لا يقيم عند احداهما أكثر من ثلاث الا باذن الاخرى كما فى الدر عن المصنف وفى الدراية وغيرها لو أقام عند احداهما شهرا فخاصمته الاخرى فى ذلك قضى عليه بان يستقبل العدل بينهما وما مضى هدر غير انه اثم فيه لان القسمة تكون بعد الطلب (قوله ويسافر الزوج بمن شاء منهن) لانه لا حق لهن فى السفر حتى كان للزوج ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن أو أكثر بلا اذن من صاحبتها ولا قرعة ولانه قد يتعسر عليه السفر ببعضهن لمرض بها او سمن أو كثرة أولاد وقد يأتمن بعضهن فى حفظ الامتعة فى السفر أو فى تركها فى البيت وفيه من الحرج ما لا يخفى زيلعى (قوله ولكن القرعة أحب) تطييبا لقلوبهن (قوله ولم تحتسب عليه ايام سفره الخ) حتى لايقضى لبقية نسائه وقال الشافعى يقضى اذا سافر بها من غير قرعة ولنا ما بينا انه لا حق لهن فى السفر ووجوب القضاء يترتب على وجوب الاداء زيلعى (قوله وقال الشافعى القرعة مستحقة) لما روى عن عائشة انه عليه السلام كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه وايتهن خرجت قرعتها خرج بها متفق عليه ولنا ما سبق انه لا حق لهن فى السفر وفعله عليه السلام يدل على الاستحباب ونحن نقول به تطييبا لقلوبهن والدليل عليه انه عليه السلام لم تكن التسوية واجبة عليه فى الحضر وانما كان يفعله تفضلا قال تعالى ترجى من تشاء منهن وتؤوى اليك من تشاء فكان ممن يؤوى عائشة وام سلمة وزينب وحفصة وممن ارجاه سودة وجويرية وام حبيبة وصفية وميمونة ذكره المنذرى فاذا لم يجب عليه فى الحضر فكيف يستدل بفعله على الوجوب زيلعى قال البيضاوى ترجى من تشاء منهن تؤخرها وتترك مضاجعتها وتؤوى اليك من تشاء

(وللحرة ضعف الامة) مطلقا سواء كانت مسلمة او ذمية والمريضة فى القسم كالصحيحة (و يسافر) الزوج (بمن شاء) منهن (و) لكن (القرعة) بينهن (احب) فيسافر بمن خرجت قرعتها ولم تحتسب عليه ايام سفره مع التى كانت معه ولكن يستقبل العدل بينهما وقال الشافعى القرعة مستحقة

تضم اليك وتضاجعها او تطلق من تشاء وتمسك من تشاء ومن ابتغيت طلبت ممن عزلت طلقت فلا جناح عليك في شيء من ذلك انتهى (قوله ولها ان ترجع عليه الخ) استفيد من جواز الرجوع صحة الهبة والهبة هنا مجاز عن الرضا بترك حقها حموي والدليل على جواز هبة القسم من ضرتها ما نقله في النهر من ان سودة بنت زمعة سألته ان يراجعها وتجعل نوبتها لعائشة انتهى فهو صريح في انه عليه السلام طلقها ويوافقه ايضا ما سيأتي في الكنايات انه قال لسودة اعتدي ثم راجعها لكن الذي نقله شيخنا عن المواهب انه لما كبرت سودة اراد النبي صلى الله عليه وسلم طلاقها فسألته ان لا يفعل وجعلت يومها لعائشة فامسكها انتهى وانما كان لها الرجوع بعد الهبة لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط توضيحه ان الاسقاط انما يكون في القائم لان ما ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعا لا اسقاطا فكان بمنزلة العارية وللمعير ان يرجع متى شاء لما قلنا عناية (تكميل) جعلت لزوجها جعلا على ان يزيدها في القسم فهو حرام وهو رشوة وترجع بمالها وكذا لو حطت من مهرها شيئا ليزيدها في القسم أو زادها في مهرها أو جعل لها شيأ لتجعل يومها لصاحبتها فالكل باطل ولا يجوز ان يجمع بين الضرتين في مسكن واحد الا برضاهما للزوم الوحشة شيخنا عن البحر (خاتمة) يندب ان يسوي بين الزوجات في جميع الاستمتاعات كالوطء والقبلة وكذا بين الجواري وامهات الاولاد ليحصنهن عن اشتهاء الزنا والميل الى الفاحشة وان يعاشر كل صاحبه بالمعروف بان يعمل مع صاحبه كما يحب ان يعمل مع نفسه وفي البزازية وحق الزوج ان تطيعه في كل مباح يأمرها به ويكره وطء احداهما بحضرة الاخرى نهر وفي الفتح لها ان لا تجيبه اذا طلب وله ان يمنعها من اكل ما يتأذى من رائحته ومن الغزل وعلى هذا فله ان يمنعها من التزين بما يتأذى بريحه كالحناء المخضب والنقش

(كتاب الرضاع)

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش في ابتداء أمره غالبا الا بالرضاع وكان له أحكام تتعلق به وهي من آثار النكاح المتأخرة عنه جعله آخر أحكامه وذكر في المحرمات ما تتعلق الحرمة به اجمالا وذكر هنا تفاصيله كذا في غير كتاب وأقول مقتضى هذا ان تعنون مسائل الرضاع بالباب لا بالكتاب كما هو ظاهر حموي (قوله كما ان النكاح سبب للنسب وهو سبب للحرمة) لا حاجة الى دعوى ان الحرمة في النكاح بواسطة النسب لان حرمة المصاهرة تثبت بالنكاح وفي البرجندي أورده عقب النكاح لانهما نظيران من حيث انهما سببان للحرمة أو ضدان من حيث ان النكاح سبب للحل والرضاع سبب للحرمة انتهى ومنه يستفاد ان الشيء الواحد يكون نظيرا وضدا باعتبار الحيثية حموي (قوله جعل في الديوان الخ) ولم يذكروا الضم مع جوازه لانه بمعنى ان يرضع معه آخر كما في القاموس وفيه ان فعله جاء من باب علم في اللغة العالية وهي ما فوق نجد ومن باب ضرب في لغة نجد وجاء من باب كرم نهر (قوله مص الرضيع الى آخره) منقوض طردا وعكسا أما الاول فلانه قد يوجد المص ولا رضاع ان لم يصل الى الجوف وأما الثاني فلان المص قد ينتفي ويثبت الرضاع كالوصول الى جوفه بالوجور والسعوط من فمه وانفه واجيب بانه أراد الوصول الى الجوف من المنفذين وخصه لانه سبب للوصول فاطلق السبب واراد المسبب بحر وبحث فيه في النهر وادعى انه انما خصه جريا على الغالب والوجور بالفتح الدواء يوجر في وسط الفم أي يصب تقول وجرت الصبي وأوجرته شيخنا عن المختار (قوله من ثدي الآدمية) ولو بكرا أو ميتة أو آيسة وخرج به الرجل والشاة والثدي يذكر ويؤنث فيقال هو الثدي وهي الثدي وهو للمرأة وقد يقال للرجل أيضا نهر (قوله في وقت مخصوص) قال في النهر قد يقال انه لا حاجة اليه للاستغناء عنه بالرضيع وذلك انه بعد المدة لا يسمى رضيعا عناية وتعقبه الحموي بان المطلوب من التعريف شرح الماهية وكشفها حقيقية كانت أو اعتبارية ولا خفاء ان الاكتفاء بمثل هذا مما يوجب غموض التعريف وخفاءه ومن ثم قالوا دلالة الالتزام مهجورة

(ولها ان ترجع) عليه (ان وهبت قسمها للاخرى) (كتاب الرضاع) المناسبة ان الرضاع كما ان النكاح سبب للنسب وهو سبب للحرمة جعل في الديوان فتح الراء أصلا والكسر لغة وجعل الفعل من باب علم أصلا وهو لغة أهل نجد وكونه من باب ضرب لغة (هو) في الشرع (مص الرضيع من ثدي الآدمية في وقت مخصوص)

فى التعاريف ومنعوا فيها وقوع المشترك اذا لم يكن ثم قرينة تعين المعنى المراد منه ومن المجاز اذا لم يكن مشهورا (قوله على حسب ما اختلفوا فيه) حولان ونصف عند الامام وهو مختار صاحب الهداية لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وظاهر هذه الاضافة يقتضى ان يكون جميع المذكور مدة لكل واحد منهما الا ان الدليل قد قام على ان مدة الحبل لا تكون أكثر من سنتين فبقى مدة الفصال على ظاهره وقال تعالى فان ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور الآية فاعتبر التراضى والتشاور فى الفصال بعد الحولين وذلك دليل على جواز الارضاع بعدهما وعامة أهل التفسير جعلوا الاجل المضروب للمدتين متوزعا عليهما ويؤيده ما روى ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فجىء بها الى عثمان فشاور فى رجمها فقال ابن عباس ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال ان الله يقول وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين وقال وفصاله فى عامين فحمله ستة أشهر وفصاله حولان فتركها عثمان شرح النقاية لعلى قارى وحسب بسكون السين حموى عن الغنرى والمراد بالدليل فى قوله الا ان الدليل قد قام الخ حديث عائشة الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قلت هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز أجيب بأن الكتاب مؤول فان عامة أهل التفسير جعلوا الاجل المضروب للمدتين متوزعا عليهما فلم تكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية واذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية بآية مؤولة ولا بعد فيه عناية (قوله فى ثلاثين شهرا) متعلق بمص حموى (قوله ما حرم بالنسب) شمل كلامه حليلة الابن والاب رضاعا وصرح فى القنية بأنه لو زنى بامرأة حرم عليه بنتها رضاعا ولا بد أن تعلم المرضعة لما فى الخانية أرضعها أقل أهل القرية أو أكثرهم ولا يدرى من ارضعها فأراد واحد من اهل تلك القرية نكاحها قال الصفار اذا لم يظهر له علامة ولم يشهد بذلك يجوز نكاحها ثم اطلاقه يفيد ثبوت التحريم فى المدة على القولين سواء فطم واستغنى بالطعام ام لا وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عنه انه ان اكتفى بغير اللبن لا تثبت الحرمة قال الزيلعى وعليه الفتوى والاكثرون على الاول ثم الارضاع بعد المدة لا يجوز وهو الصحيح لانه جزء الآدمى فلا يباح الانتفاع به الا لضرورة وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوى نحو وجع العين وقيل يجوز اذا غلب على ظنه زوال الرمد به نهر وقوله نحو وجع العين يشير الى جواز التداوى به ولو شربا لغير الرمد والحاصل انه لا فرق على القول بجواز التداوى به بين الشرب وغيره خلافا لبعضهم كما فى الشرنبلالية حيث قال بعد حكاية الاختلاف فى جواز التداوى به للرمد والبعض لم يجوز شربه للتداوى انتهى لكن على الشرنبلالى مؤاخذة لان صدر عبارته يفيد قصر الاختلاف على التداوى به للرمد فقط وينافيه قوله والبعض لم يجوز شربه الخ والعجب من بعضهم حيث عزا للنهر ما نصه ولم يجوزوا شربه للتداوى مع ان ذلك لا وجود له فيه أصلا بل قدمنا عنه ما يفيد عدم الفرق بين الشرب وغيره (قوله الا بخمس رضعات) مشبعات لما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات مشبعات يحرمن ثم نسخ بخمس معلومات وعنها انها قالت قال صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان وفى لفظ لا تحرم الاملاجة والاملاجتان فهذا النفى مذهبنا والاول لاثبات مذهبه ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة علقه بفعل الارضاع من غير قيد بالعدد والتقييد به زيادة وهو نسخ وما رواه منسوخ روى عن ابن عباس انه قال قولها لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان كان فأما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم فجعله منسوخا حكاه عنه أبو بكر الرازى ومثله عن ابن مسعود وقال ابن بطال احاديث عائشة مضطربة فوجب تركها والرجوع الى كتاب الله زيلعى والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع شيخنا عن العناية وفى الصحاح الملج تناول الثدى بأدنى الفم يقال ملج الصبى أمه أى رضعها وامتلج الفصيل ما فى الضرع امتصه

على حسب ما اختلفوا فيه (وحرم به أى بالرضاع) (وان قل فى ثلاثين شهرا ما حرم بالنسب) وقال الشافعى لا تثبت الحرمة الا بخمس رضعات يكتفى الصبى بكل واحدة منها

والاملاج الارضاع ومنه قيل للرجل ملجان ومصان أى انه من لؤمه يرضع الابل انتهى كيلا يسمع صوت حلبه فيطلب منه عينى (قوله وقالا سنتان) قال الشيخ قاسم فى تصحيح القدورى وقولهما اصح وبه يفتى وفى الجوهرة الفتوى على قول الامام حموى (قوله وقال زفر ثلاثة احوال) وقال بعضهم لا حد له للنصوص المطلقة ولنا ان ارضاع الكبير منسوخ بقوله عليه السلام لا رضاع بعد فصال ولا يتم بعد احتلام وبقوله عليه السلام لا رضاع الا ما انشر العظم وانبت اللحم وورد ارضاع الكبير لان ذلك لا يحصل لكبير بالرضاع وانما يحصل له بالخبز ونحوه ولزفر ان الرضيع لا يمكنه التحول من الرضاع الى الطعام فى ساعة واحدة ولا بد من الزيادة والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة ولهذا أجل العنين به وعلق به وجوب الزكاة ولهما قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يتم الرضاعة وهذه صيغة خبر والمراد به الامر وهو ابلغ وجوه الامر ولا اعتبار للزيادة بعد الاتمام وللامام ماسبق بيانه عن على قارى أو نقول كما فى الزيلعى ان الفطام لا يحصل فى ساعة واحدة بل يحصل شيئا فشيئا حتى ينسى اللبن ويتعود غيره فلا بد من زيادة على الحولين فقدرناها بأدنى مدة الحمل والنص المقيد بحولين محمول على الرضاع المستحق حتى لا تستحق على الوالد نفقة الارضاع بعد ذلك اى اجرته بالاجماع لو كانت مطلقة فعلم ان الفصال المذكور فى النص فصال استحقاق الاجرة على الاب لا فصال مدة الرضاع ولئن سلم انه فصال مدة الرضاع يكون بيانا لاقل مدته لانه يوجب الحرمة بعد ذلك الا ترى انه قرن بين الفصال والحمل وارادا قل مدة الحمل فكذا اقل مدة الفصال والدليل على بقاء مدته ان الله تعالى قال فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور ذكره بعد الحولين بحرف الفاء فدل على بقاء مدة الرضاع ولهذا علق الفصال بعد الحولين بتراضيهما عليه الخ وقوله وكذا أقل مدة الفصال يعنى به قوله تعالى وحمله وفصاله فى عامين كذا بخطه أقول ما نقل عن خط الزيلعى انه أراد به القرآن فى قوله تعالى وحمله وفصاله فى عامين يأباه تعليله وسياق كلامه والذى يتعين فهمه انه أراد به القرآن فى قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا حتى يصح قوله وأراد أقل مدة الحمل فكذا اقل مدة الفصال هذا ما ظهر لى عند المطالعة على ان الآية أعنى آية لقمان ليس فيها وحمله فتعين انه سبق قلم شيخ شاهين وفى دعوى الزيلعى الاجماع على انها لا تستحق الاجر على الارضاع بعد الحولين لو كانت مطلقة نظر فقد نقل السيد الحموى عن عمدة الفتاوى ان خيف عليه الهلاك بالفطام قبل سنتين ونصف تطالب بالاجرة اللهم الا ان يحمل كلامه على ما اذا لم يخف عليه الهلاك وقوله لا رضاع الا ما انشر العظم الانشار بالراء الاحياء وفى التنزيل اذا شاء أنشره ومنه لا رضاع الا ما انشر العظم وانبت اللحم اى قواه وشده كانه احياه ويروى بالزاى عناية عن المغرب وقوله ولا يتم بعد احتلام اليتم فى الناس من قبل الاب وفى البهائم من قبل الام من يتم الصبى ييتم يتما بضم الياء وفتحها مع سكون التاء فيهما شيخنا عن المختار (قوله الا أم اخته) جعل فى النهر الاستثناء من حرم وتعقبه الحموى بأن الفعل لا يستثنى منه فهو استثناء من فاعل حرم وقول السيد الحموى من فاعل حرم يعنى به الفاعل المقدر لحرم وهو النكاح واعلم ان الاستثناء منقطع لان حرمة من ذكر بالمصاهرة لا بالنسب كما فى الدر المختار اذ المحرم بالنسب السبعة المذكورة فى الآية والمستثنى ليس من سبعها فلم يكن الحديث متناولا لما استثناه الفقهاء (قوله وأخيه) انما زاد الشارح لفظة اخيه على قول المصنف الا ام اخته لانه لا فرق بين أم اخيه وأخته كما فى النهر وكان ينبغى ان يزيد على قوله والا أخت ابنه لفظة وبنته اذ لا فرق بين اخت ابنه وبنته كما فى النهر أيضا (قوله ولا يجوز ان يتزوج بام اخته) المقام مقام التفريع فالظاهر الفاء حموى (قوله ولا يجوز ذلك من النسب لان اخت ابنه من النسب الخ) ظاهر كلامه كالدرر ان اخت الابن من النسب اما بنته أو ربيبته وليس كذلك اذ لا حصر فيما ذكر اذ يتصور الحل فى اخت ابنه وبنته نسبا بأن يدعى شركا فى امة ولدها فان كان لكل بنت من غير الامة حل لشريكه التزوج بها وهى اخت ولده نسبا من الاب والغزبها فى شرح

وقالا سنتان وهو قول الشافعى وقال زفر ثلاثة أحوال (الا ام اخته) وأخيه من الرضاع ولا يجوز ان يتزوج أم أخته من النسب لانه فى النسب ان كانت اختا لاب وام أو لام فام الاخت امه وان كانت اختا لاب فام الاخت موطوءة أبيه (و) (الا اخت ابنه) من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لان اخت ابنه من النسب ان كانت منه بان كانا من اب وام أو من أب فهى بنته وان لم تكن منه بان كانا من ام فهى ربيبته والربيبة تحرم بالدخول ثم قولنا من الرضاع فى الصورة الاولى

المنظومة وممن يحل رضاعا لا نسبا ام ولد ولده شرنبلالية لانها من النسب حليلة ابنه واعلم انه يدخل تحت قول المصنف فى الاستثناء واخت ابنه ماتكرر السؤال عنه هو ان رجلا له ابن رضيع ارضعته ام امه فهل تحرم بنتها على زوجها اى الابن فاجاب شيخنا بعدم الحرمة وانها حلال مطلقا سواء كانت اختيتها لابنه النسبى من الرضاع كالمسؤل عنها او من النسب كما نقله الشرنبلالى فى شرح المنظومة معترضا به على قول ملا خسرو فان اخت الابن من النسب اما البنت او الربيبة بقوله لا حصر فيما ذكر اذ بقى أن يقال فى قصر المصنف الاستثناء على ام اخيه واخت ابنه قصور الا ترى الى قول العينى وهاهنا صور أخر تجوز من الرضاع دون النسب (الاولى) يجوز له أن يتزوج بام حفدته من الرضاع أى أم أولاد اولاده بأن ارضعت اجنبية ولد ولده له ان يتزوج هذه المرأة كما فى البحر دون النسب لانها من النسب اما حليلة ابنه أو بنته كما فى الزيلعى اى حليلة ابنه اذا كانت الحفدة ولد ابنه أو بنته اذا كانت الحفدة ولد بنته شيخنا عن الحانوتى (الثانية) يجوز له أن يتزوج بجدة ولده من الرضاع دون النسب لانها اما امه او ام امرأته (الثالثة) يجوز له ان يتزوج بعمة ابنه من الرضاع دون النسب لانها اخته (الرابعة) يجوز لها ان تتزوج بأبى اخيها من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه اما ابوها او زوج امها (الخامسة) يجوز له ان يتزوج ام عمه من الرضاع دون النسب لانها اما جدة لاب او موطوءة الجد (السادسة) يجوز له ان يتزوج ام خاله من الرضاع دون النسب لانها اما جدته لامه او موطوءة جده (السابعة) يجوز لها ان تتزوج بأخى ابنها من الرضاع دون النسب لانه اما ان يكون ابنها او ابن زوجها انتهى زاد فى البحر بنت اخت ولده وبنت عمته فهذه مع ما مر تسع صور تصل باعتبار الذكورة والانوثة الى ثمانية عشر وباعتبار ما يحل له او لها الى ستة وثلاثين مثلا يجوز له التزوج بأم اخيه ويجوز لها التزوج بابن اخيها وباعتبار تعلق الجار والمجرور وهو من الرضاع بالمضاف او المضاف اليه او كليهما تصل الى مائة وثمانية كما فى النهر زاد فى الدر اخا ابن المرأة لها فلهذا اوصلها الى مائة وعشرين وصورة تزوجها بأخى ابنها من الرضاع دون النسب ما اذا ارضعت امرأة بنت امرأة أخرى وللمرضعة ولد يجوز لام البنت الرضيعة التزوج بهذا الولد والمراد بالخال من الرضاع من رضع مع أمه وبالعم من الرضاع من رضع مع أبيه (قوله يجوز ان يكون متعلقا بأم) كان يكون له اخت من النسب لها ام من الرضاع والمراد بالتعلق التعلق المعنوى لا الصناعى در (قوله وان يكون بأخته) كان يكون له اخت من الرضاع لها ام من النسب ومنه تعلم ما فى النهر من الخلل (قوله وان يكون بكليهما) كان يجتمع مع آخر على ثدى اجنبية ولاخيه رضاعا ام اخرى من الرضاع واعلم ان ما وقع فى النهر من الخلل جرى عليه السيد الحموى فى الشرح ولم يتنبه له بيان الخلل أنه مثل لما اذا كان الجار متعلقا بالمضاف اليه الذى هو الاخ بقوله كان يكون له أخ من النسب له أم من الرضاع فصواب العبارة ان يقال كان يكون له اخ من الرضاع له ام من النسب (قوله وقس على هذا الصورة الثانية) فعلى هذا تكون الصور اربعا حموى واقول من تأمل قول الشارح ثم قولنا من الرضاع فى الصورة الاولى يجوز ان يكون متعلقا بأم وان يكون بأخته وان يكون بكليهما لم يشك فى كون الصور خمسا وان رجعت فى الحقيقة لثلاث صور (قوله زوج مرضعة الخ) جرى على الغالب اذ السيد كذلك نهر وكذا الواطئ بشبهة لا بزنى على المعتمد كما يفيده التقييد بالزوج وان كان التقييد أغلبيا حموى قال فى الخانية رجل زوج ام ولده من عبد صغير له فأرضعته بلبن السيد حرمت المرضعة على مولاها وعلى زوجها الصغير اما على المولى فلانها صارت منكوحة ابنه أى من الرضاع فتحرم على المولى وتحرم على الزوج الصغير لانها صارت موطوءة الاب اى من الرضاع ولانها امه اى من الرضاع فما فى النهر ولم يعلل يعنى قاضيخان الحرمة فى الصغير بكونه صار ابنا لها ظهوره ولعله بحسب النسخة التى اطلع عليها والا فقد جمع بين التعليل بكونها موطوءة ابيه وبكونها امه قيد بالزوج لانه لو زنى بامرأة فولدت منه وارضعت صبية جاز لاصول الزانى وفروعه التزوج بها كذا اختاره الوبرى وجعله فى المحيط كالحلال وجزم به قاضيخان والاول اوجه لان الحرمة

يجوز ان يكون متعلقا بام وان يكون باخته وان يكون بكليهما وقس على هذا الصورة الثانية (زوج مرضعة

من الزنى للبعضية وذلك في الولد نفسه لانه مخلوق من مائه دون اللبن اذ ليس اللبن كائنا عن منيه لانه فرع التغذي وهو لا يقع الا عما يدخل من اعلى المعدة لا من اسفل البدن فلا انبات فلا حرمة بخلاف ثابت النسب للنص كذا في الفتح وقوله والاول اوجه اي دراية لا رواية كما توهمه صاحب البحر من اطلاق الكمال الاوجهية شرنبلالية وظاهر كلامهم انها لا تحرم على عم الزاني وخاله اتفاقا لان التحريم على الزاني وفروعه على القول به لاعتبار الجزئية وهي مفقودة بينهما وانما قيد الخلاف باصول الزاني وفروعه لانها لا تحل للزاني اتفاقا لانها بنت المزني بها وقدمنا ان فروع المزني بها من الرضاع حرام على الزاني ولهذا قال في الخلاصة بعد ماذكر حرمتها على الزاني وكذا لو لم تحبل من الزنى وارضعت لا بلبن الزنى فانها تحرم على الزاني كما تحرم بنتها من النسب نهر وبحر ولو حملت من الوطء بشبهة ثم ارضعت صبيا فهو ابن الواطئ من الرضاع قاله الحدادي وهذه ترد على المصنف ايضا قال شيخنا وجوابه ان يقال تعبيره بالزوج جرى على الغالب فيدخل الواطئ بشبهة لانه زوج في ظنه عند الوطء انتهى (قوله لبنها نزل منه) قيد به لانه لو لم يكن منه بان تزوجت ذات لبن ولبنها بسبب زوج آخر كان لها من قبل فارضعت به صبيا فانه لا يكون ولدا له من الرضاع بل يكون ربيبه من الرضاع حتى يجوز له ان يتزوج باولاد الزوج الثاني من غيرها وباخواته اي اخوات الزوج الثاني كما في النسب ويكون ولد الزوج الاول مالم تلد من الثاني فاذا ولدت منه فارضعت صبيا فهو ولد الثاني بالاتفاق لان اللبن منه وان لم تحبل من الثاني فهو ولد الاول بالاتفاق لان اللبن منه وان حملت فقط كان للاول عند الامام زيلعي ولو در بعد ماجف اختص بها شرنبلالية عن المواهب ومفاده انها اذا ارضعت به صبية لم يكن زوجها ابا لها حتى لو كان له ابن من غيرها حل له التزوج بها وبه صرح في النهر عن الخانية ثم ان انتفاء هذا القيد وهو قوله لبنها منه يقتضي انتفاء الابوة لكن لا يلزم منه جواز نكاح الزوج للرضيعة بعد المفارقة بينه وبين المرضعة الموطوءة له لان وطء الامهات يحرم البنات ولو بجهة الرضاع درر (قوله اخ للرضيع وان كان من امرأة اخرى) غير المرضعة (قوله واخوه عم) عن عائشة رضي الله عنها انها قالت دخل علي افلح اخو ابي القعيس فاستترت منه فقال تستترين مني وانا عمك قالت قلت من اين قال ارضعتك امرأة اخي قالت انما ارضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فدخل عليه السلام فحدثته فقال انه عمك فليلج عليك زيلعي وفي الموطا سئل ابن عباس عن رجل كان له امرأتان فارضعت احداهما غلاما وارضعت الاخرى جارية فقيل له هل يتزوج الغلام الجارية قال اللقاح واحد فثبت ان لبن الفحل يحرم لان حكمه حكم النسب والحرمة في النسب تثبت من الجانبين اعني من جانب الرجال والنساء فكذا الحرمة من الرضاع فان قلت لو نزل اللبن من ثندوة الرجل فارضع صبية لا تثبت الحرمة فلان لا تثبت بفعل غيره اولى قلت انما لم تثبت بفعل نفسه لان ارضاع الرجل لا يسمى ارضاعا غاية ومعنى قوله عليه السلام فليلج عليك افلح اي ليدخل وافلح بالفاء والحاء المهملة على مثال اعلم اسم رجل كذا في البناية ونقل شيخنا عن خط الشلبي ان افلح بفتح الهمزة واللام وسكون الفاء بينهما وبالمهملة والقعيس بضم القاف وفتح المهملة واسكان التحتية وبالمهملة مصغر القعس بالقاف والمهملتين انتهى (تنبيه) سكت كثير عن حكم ارضاع الخنثى المشكل قال الحدادي ان كان اللبن غزيرا فامرأة وان لم يكن غزيرا فرجل فان كان رجلا لا يتعلق به التحريم وان امرأة تعلق به التحريم وفي الدر عن الجوهرة التصريح بعدم ثبوت الحرمة بلبن الخنثى المشكل الا ان قالت النسوة انه لا يكون على غزارته الا للمرأة انتهى (قوله فارضعت كل واحدة صغيرا صارا اخوين الخ) ولا يجوز لرجل ان يجمع بينهما لو كانا اثنتين لانهما اختان من الرضاع من قبل الاب بناية (قوله خلافا للشافعي) اي في قول له كما في الزيلعي لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ماروينا ولان الحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع ولان الفحل سبب لنزول لبنها بواسطة احبالها فينسب اللبن اليه بحكم السببية واراد الزيلعي بقوله ماروينا قوله عليه السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب (قوله

ويحل

لبنها) نزل (منه اب للرضيع وابنه) اي ابن زوج المرضعة (اخ) للرضيع وان كان من امرأة اخرى (وبنته اخت) للرضيع وان كانت من امرأة اخرى (وابوه جد وامه جدة (واخوه عم) له (واخته عمة) له حتى لو كان لرجل امرأتان وولدتا منه فارضعت كل واحدة صغيرا صارا اخوين لاب وان كان احدهما انثى لا يحل النكاح بينهما واصله ان لبن الفحل يتعلق به التحريم عندنا خلافا للشافعي

وتحل اخت اخيه رضاعا) يستثنى منه مانقله الحموى عن ابن يونس من انه سئل عن امرأتين مرضعتين مع احداهما ذكر والاخرى انثى فارضعت كل منهما ولد الاخرى ثم ان التى لها الولد الذكر معها ولد آخر لم يرضع المرأة الاخرى فهل يجوز له ان يتزوج بابنة المرأة الاخرى لانها اخت اخيه من الرضاع فاجاب بأنه لا يجوز له تزوجها لان ام الذكر صارت بارضاعها البنت اما لها فلا يجوز لابنها الآخر ان يتزوج بها وان لم يرضع من امها لانها صارت اخته بارضاعها من امه انتهى (قوله يجوز ان يكون متعلقا باخت او باخيه او بكليهما) كأن يكون له أخ من النسب ولهذا الاخ اخت رضاعا وان يكون له اخ من الرضاع له اخت نسبية والثالث لا يخفى نهر (قوله ويحل اخت اخيه نسبا) متصل بهما ولا يصح اتصاله بأحدهما للزوم التكرار نهر (قوله ولا حل بين رضيعى ثدى) المراد بالرضيعين الصبى والصبية فغلب المذكر على المؤنث قال فى الجوهرة وكل صبيين اجتمعا على ثدى فى مدة الرضاع لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالآخر والمراد اجتماعهما على الارضاع طالت مدة الرضاع او قصرت تقدم رضاع احدهما على الآخر ام لا والمراد اجتماعهما من حيث المكان بان يرتضعا معا فى وقت واحد وليس المراد ان يرضعا معا الثدى الايمن او الايسر بل المراد ان يرضعا هذه المرأة كيف كان وانما لم تجز المناكحة بينهما لانهما اخ واخت لاب وأم من الرضاعة فلا تجوز كما فى النسب كذا فى الغاية فان قلت قوله والمراد اجتماعهما من حيث المكان بان يرتضعا معا فى وقت واحد مخالف لما سبق عن الجوهرة حيث عمم وقال تقدم رضاع احدهما على الآخر ام لا قلت ليس المراد بوحدة الوقت فى كلام الغاية وجود الرضاع منهما فى زمن واحد بل المراد انهما ارتضعا فى مدة الرضاع واعلم ان قوله فى الغاية وانما لم تجز المناكحة بينهما لانهما اخ واخت لام واب الخ محمول على ما اذا كان اللبن من رجل واحد فان كان اللبن من زوجين فهما اخوان لام كما فى البحر ولا يتصور ان يكونا لاب فقط الا اذا تعددت المرضعة واتحد الزوج كما فى النهر (قوله وبين مرضعة وولد مرضعتها) ولا يشترط الاجتماع على ثديها هنا ولهذا ساغ ذكره والا كانت المسئلة مكررة وهذا لانها لما ارضعت اجنبية حرمت على ولدها سواء ارضعت ولدها ام لم ترضعه زيلعى ووقع فى البحر فى تقرير هذا المحل خلط فاجتنبه حموى واعلم ان مرضعة الاول بفتح الضاد على صيغة اسم المفعول بخلافه فى قوله وولد مرضعتها فانه بكسر الضاد على صيغة اسم الفاعل وقد غير صاحب الدرر هذه العبارة بقوله ولا حل بين رضيعة وولد مرضعتها ولا فرق بينهما فى المعنى لان المرضعة بفتح الضاد هى الرضيعة ولم يظهر لى وجه اعتراض عزمى زاده عليه حيث قال ولعل هذا التغيير منه غير صحيح فان الرضيع هو اخوك من الرضاع ولو قيل ولا حل بين اخت من الرضاع وولد مرضعتها لاختل نظام الكلام ولا يتحصل الفحوى على ما هو الموافق للمرام اه (قوله وولد ولدها) لانه ولد اخيها (قوله واللبن المخلوط بالطعام لا يحرم) لان الطعام هو المقصود واللبن تابع والتقييد بالطعام يشير الى انه اذا جبن او جعل رائبا او شيرازا او اقطا لا تزول به الحرمة كما فى الشرنبلالية عن الجوهرة قال وهو مخالف لما فى البحر عن البدائع (قوله بالاتفاق) متعلق بهما أى بالاولى وهى ما اذا مست النار اللبن وانضجت الطعام غالبا كان او مغلوبا والثانية وهى ما اذا لم تمس النار اللبن وكان الغلبة للطعام شيخنا (قوله وعندهما تثبت به الحرمة) لان العبرة للغالب كما اذا اختلط بالماء ولابى حنيفة ان الطعام اصل واللبن تابع له فى حق المقصود لان المقصود المأكول وانما اللبن ادام وهو تابع الا ترى انه كان مشروبا فبقى مأكولا بخلاف ما اذا اختلط بالماء او الدواء لان المقصود هو اللبن زيلعى (قوله والاصح انه لا يثبت بكل حال) تقاطر اللبن عند حمل اللقمة او لا غالبا او مغلوبا وذكر الزيلعى عن خواهر زاده ان على قول ابى حنيفة انما لا تثبت الحرمة اذا اكله لقمة لقمة اما اذا حساه حسوا ثبت به الحرمة وفى الشرنبلالية عن الجوهرة انما لا يثبت التحريم عند الامام اذا لم يشربه اما اذا حساه حسوا أى شربه شيئا فشيئا ينبغى ان تثبت الحرمة فى قولهم جميعا ولفظة ينبغى بمعنى يجب ولهذا حذفها قاضيخان (قوله ويعتبر الغالب الخ) لان فيه انبات اللحم وانشار العظم وهو المعتبر

(ويحل) نكاح (أخت أخيه رضاعا) قوله رضاعا يجوز ان يكون متعلقا باخت او باخيه او بكليهما (و) تحل اخت اخيه (نسبا) مثل الاخ لاب اذا كانت له اخت من ام حل لاخيه من ابيه ان يتزوجها (ولا حل بين رضيعى ثدى) واحد فى وقته مخصوص (وبين مرضعة وولد مرضعتها) وولد ولدها (واللبن المخلوط بالطعام لا يحرم) مطلقا واعلم انه لو كانت النار قد مست اللبن وانضجت الطعام حتى تغير فلا يحرم سواء كان اللبن غالبا او مغلوبا وان كانت النار لا تمسه فان كان الطعام غالبا فكذلك بالاتفاق وان كان اللبن غالبا فكذلك عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تثبت به الحرمة وقيل هذا اذا كان اللبن لا يتقاطر من الطعام عند حمل اللقمة واما اذا كان يتقاطر منه اللبن فتثبت به الحرمة عنده والاصح انه لا تثبت بكل حال عنده (ويعتبر الغالب لو) كان الاختلاط (بماء ودواء ولبن شاة وامرأة اخرى)

قوله واعلم ان مرضعة الخ لا حاجة لهذا الضبط على ما فى بعض نسخ الشارح من ضبط مرضعة الاول بفتح الضاد والثانى بكسرها اه

فى الباب در رقال تعالى وانظر الى العظام كيف ننشزها أى نرفعها الى موضعها ونركبها بعضها على بعض عزمى زاده (قوله وقال الشافعى اذا جعل فى حب الخ) هو يقول انه موجود حقيقة ونحن نقول انه صار مستهلكا فلا يحصل به التغذى ولا انبات اللحم ولا انشار العظم وقد قال عليه السلام الرضاع ما انبت اللحم وانشر العظم فلا يسمى رضاعا فصار كما لو حلف لا يشرب لبنا لا يحنث بشرب الماء الذى فيه اجزاء اللبن زيلعى (قوله يتعلق التحريم الخ) واذا تساوى لبنهما يثبت التحريم من المرأتين اجماعا شرنبلالية عن الجوهرة (قوله وقال محمد وزفر يتعلق بهما التحريم) لان الجنس لا يغلب الجنس فلا يصير مستهلكا به لاتحاد المقصود ولهما ان الاقل تابع للاكثر واصل المسئلة فيما اذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن اخرى فشربه ولبن البقرة المحلوف عليها مغلوب فهو على هذا الخلاف وما فى النهر من قوله المخلوط صوابه المحلوف ولو كان غالبا يحنث اتفاقا واعلم ان ما فى الزيلعى والنهر من قوله ولهما ان الاقل تابع أى للامام الاعظم وأبى يوسف بالنسبة لاحدى الروايتين عن الامام ففى الشرنبلالية عن الفتح وعن الامام روايتان مثل قولهما ورجح بعض المشايخ قول محمد واليه مال صاحب الهداية لتأخيره دليل محمد وقال فى البحر عن الغاية قول محمد اظهر واحوط (قوله ولبن البكر الخ) يشترط ان تكون بلغت تسع سنين فأكثر فلو لم تبلغ ذلك لا يتعلق به التحريم بحر عن الجوهرة ووجه ثبوت الحرمة بلبن البكر بالشرط المذكور ما ذكره فى الدرر من انه سبب النشو والنمو فتثبت به شبهة البعضية كلبن غيرها من النساء اه والمراد بالبكر هنا التى لم تجامع قط لا بالنكاح ولا السفاح يعنى وان كانت العذرة غير باقية كأن زالت بوثبة اوغيرها حموى عن البرجندى (قوله والميتة) واذا ثبتت الحرمة بلبن الميتة حل لزوج هذه الصبيه دفن الميتة وتيممها لانه صار محرما لها لانها أم امرأته ولا يجوز الجمع بين هذه الرضيعة وبنت الميتة لانهما أختان بحر فان قلت يستفاد من البحر ان ما فى الدر فيه خلل حيث قال عقب قول المتن وكذا لبن ميتة ولو محلوبا فيصير ناكحها محرما للميتة فييممها الخ قلت لا خلل فى كلامه وقوله فيصير ناكحها الخ أى ناكح التى رضعت من الميتة الى هذا اشار شيخنا وفى فتح القدير لبن الميتة طاهر عند ابى حنيفة لان التنجس بالموت لما حلته الحياة قبله وهو منتف فى اللبن وهما وان قالا بنجاسته للمجاورة فوعاء النجس لا يمنع من الحرمة كما لو حلب فى اناء نجس واوجر به صبى ثبت وهذا بخلاف وطء الميتة فانه لا يتعلق به حرمة المصاهرة بالاجماع والفرق ان المقصود من اللبن التغذى والموت لا يمنع منه والمقصود من الوطء اللذة المعتادة وذلك لا يوجد فى وطء الميتة بحر عن الجوهرة (قوله وقال الشافعى لبن الميتة الخ) لان الاصل فى ثبوت الحرمة المرأة حتى تصير أماله ويتعلق بها الاحكام وبالموت لم تبق محلاله ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا انه لبن حقيقة وهو سبب النشو والنمو فيتناوله اطلاق النصوص ولا نسلم ان الحكم لا يثبت فى حقها بل يثبت دفنا وتيمما الا ترى ان لبنها لو حلب فى حياتها فأوجر به صبى بعد موتها يثبت به التحريم ولو كان ما ذكره مانعا لما ثبت والحرمة بالوطء لكونه ملاقيا محل الحرث وقد زال بالموت زيلعى (قوله لا الاحتقان) بلا خلاف بين الاصحاب فى رواية الاصول وبين الائمة الاربعة وكذا لا يحرم الاقطار فى الاحليل والاذن والجائفة والآمة كما فى النهر لان النشو لا يوجد فيه والتحريم باعتباره (قوله ولا لبن الرجل) لانه ليس بلبن حقيقة فان اللبن لا يتصور الا ممن تتصور منه الولادة درر (قوله والشاة) لان الحرمة انما تثبت بطريق الكرامة بواسطة شبهة الجزئية والاصل فيه المرضعة ثم يتعدى الى غيرها ولا جزئية بين الآدمى والبهائم ولا دافكذا رضاعا زيلعى (قوله وعند محمد يثبت بالاحتقان) الذى فى الزيلعى وعن محمد انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم قلنا الفطر يتعلق بالوصول الى الجوف والمحرم فى الرضاع معنى النشو ولا يوجد فيه وعلى هذا الخلاف لو اقطر فى اذنه او وصل الى جائفة او آمة الخ (قوله وكان محمد بن اسماعيل صاحب الحديث الخ) تمسكا بقوله عليه السلام كل صبيين اجتمعا على ثدى واحد حرم احدهما على الآخر بحر وفى النهر عن الفتح والله أعلم اى بصحة هذه الحكاية فان من تدبر

مواقع

وقال الشافعى اذا جعل فى حب من الماء قدر ما يحصل به خمس رضعات من اللبن فشربه صبى تثبت به الحرمة واختلف فى تفسير الغالب فعند ابى يوسف هو ان يغير المخلوط لون اللبن وطعمه اما لو غير احدهما فاللبن غالب وعند محمد هو ان يخرج الخلط اللبن من ان يكون لبنا قوله وامرأة اخرى اى اذا اختلط لبن امرأتين يتعلق التحريم باغلبهما عند ابى يوسف وقال محمد وزفر يتعلق بهما التحريم وعن الامام روايتان (ولبن البكر والميتة محرم) فلا يجوز للرضيع نكاح اولادهما وازواجهما وقال الشافعى لبن الميتة لا يتعلق به التحريم (لا الاحتقان) من الالبان (و) لا (لبن الرجل والشاة) وعند محمد تثبت بالاحتقان الحرمة وكان محمد بن اسماعيل صاحب الحديث يفتى بثبوت الحرمة بلبن الشاة فاخرج من بخارى بسببه

مواقع تراجمه فى الصحيح وحسن استنباطه الاحكام من الاحاديث جزم باستبعادها عنه (قوله ولو ارضعت امرأة الخ) والمراد بالارضاع وصول لبنها حتى لو اوجره رجل فى فيها حرمتا ايضا ولا فرق بين ان تكون الكبيرة فى نكاحه او فى عدته ولو من ثلاث نهر عن البدائع معللا بان حرمة الجمع حال قيام العدة كالجمع حال قيام النكاح الخ واعلم ان الرضاع الطارئ على النكاح بمنزلة السابق بيانه اذا تزوج صبية فطلقها ثم تزوج امرأة لها لبن فارضعت تلك الصبية حرمت الكبيرة على زوجها لانها صارت من امهات نسائه وكذلك رجل تزوج رضيعة فارضعتها أمه او بنته او اخته حرمت الرضيعة على زوجها كذا فى الخانية (قوله ضرتها) يعنى امرأة زوجها جمعه ضرات وسمع ضرائر وكانه جمع ضريرة ككريمة ولا يكاد يوجد له نظير نهر عن المصباح وقال الشاعر

كضرائر الحسناء قلن لوجهها * حسدا وبغضا انه لدميم

حموى وهو بالدال المهملة من الدم وهو قبح المنظر واما الذم بالمعجمة فهو ضد المدح (قوله حرمتا) لانه صار جامعا بين الام وبنتها رضاعا وحرمة الكبيرة مؤبدة لانها ام امرأته وكذا الصغيرة ان كان قد دخل بالام او كان اللبن منه وان لم يكن جاز له ان يتزوجها ثانيا نهر ولا يرتفع النكاح بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد حتى لو وطئها قبل التفريق لا يجب عليه الحد وبعده يجب بحر واعلم انه متى لزم الجمع بين من لا يجوز جمعه حرمتا أيضا وان لم ترضعها الكبيرة بل كان المرضع امها او اختها او بنتها نسبا او رضاعا بخلاف ما لو ارضعتها عمة الكبيرة او خالتها لجواز الجمع بين المرأة وبنت عمتها او بنت خالتها نسبا ورضاعا قيد بضرتها لانها لو ارضعت ضرتيها على التعاقب لم تحرم الثالثة ان لم يكن دخل بالكبيرة نهر ووجهه انها بارضاعها الثانية حصل فسخ العقد ولا عدة لحصول الفرقة قبل الدخول فاذا ارضعت الثالثة لم تحرم لانه لا فى النكاح ولا فى العدة حموى ولو كن صغيرتين وكبيرتين فارضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للجمع بين الامين وبنتيهما نهر ولو كان تحته صغيرتان فارضعتهما امرأة معا او متعاقبا حرمتا عليه لانهما صارتا اختين فلا يجوز الجمع بينهما فيرجع على المرضعة ان تعمدت الفساد زيلعى فان كن ثلاثا فارضعتهن واحدة بعد واحدة بانت الاوليان لا الثالثة لان الثالثة ارضعت وقد وقعت الفرقة بينه وبينهما فلم يحصل الجمع وان ارضعت الاولى ثم الثنتين معا بن جميعا وان ارضعتهن معا بان حلبت لبنها فى قارورة والقمت احدى ثدييها احداهن والاخرى الاخرى واوجرت الثالثة معا بن جميعا لانهن صرن اخوات معا وان كن اربعا فارضعتهن واحدة بعد الاخرى بن جميعا لان الثانية صارت اختا للاولى فبانتا فلما ارضعت الرابعة صارت اختا للثالثة فبانتا أيضا بحر عن الجوهرة ولو طلق امرأته ثم ان اخت المطلقة ارضعت امرأته الصغيرة والمطلقة فى العدة بانت الصغيرة للجمع مع خالتها ولو كان تحته صغيرتان فجاءت امرأتان لهما لبن رجل واحد فارضعت كل واحدة منهما واحدة معا وتعمدتا الفساد لا ضمان عليهما لان كل واحدة منهما غير مفسدة بصنعها وانما الفساد للاختية زيلعى ولو قبل الابن زوجة ابيه وقال تعمدت الفساد غرم المهر ولو وطئها وقال ذلك لا للزوم الحد فلم يلزم المهر در (قوله ولا مهر للكبيرة ان لم يطأها) لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها حتى لو لم تجئ من قبلها بان كانت مكرهة او نائمة فارتضعتها الصغيرة او اخذ رجل لبنها فأوجر به الصغيرة او كانت الكبيرة مجنونة فلها نصف المهر لعدم اضافة الفرقة اليها در ويرجع بنصف مهر كل منهما على الرجل الذى اخذ لبنها فأوجر به الصغيرة ان تعمد الفساد زيلعى وخرج بقوله ان لم يطأها ما لو وطئها فانها تستحق كل المهر لكن ليس لها نفقة العدة لجنايتها كما فى النهر واراد بالوطء ما هو الاعم من الحقيقى والحكمى حموى (قوله وللصغيرة نصفه) لان الفرقة قبل الدخول لا من قبلها ولا يقال الارتضاع فعلها والفرقة باعتباره لانا نقول فعلها غير معتبر فى اسقاط حقها لان المهر انما يسقط جزاء على الفعل والصغيرة ليست من اهل المجازاة على الفعل فلا يسقط مهرها الا ترى انه لا تجب الكفارة ولا تحرم عن الارث بالقتل حتى لو وجد فى الكبيرة أيضا ما يمنع

قوله من الدم عبارة غيره من الدمامة وهى القبح اهـ بحراوى

(ولو ارضعت) امرأة (ضرتها) الصغيرة (حرمتا ولا مهر للكبيرة ان لم يطأها) (وللصغيرة نصفه ويرجع) الزوج (به) أى بنصف المهر الذى اعطى الصغيرة (على) الكبيرة

اعتبار فعلها كالجنون وغيره على ما تقدم لا يسقط حقها زيلعى (قوله ان تعمدت الفساد) تقييده بتعمد الفساد بالنسبة للرجوع عليها بما دفعه للصغيرة أما سقوط مهر الكبيرة إن كان قبل الوطء فلا يشترط له تعمد الفساد (قوله وتعمد الفساد انما يكون الخ) فان فات شئ منه لم تكن متعمدة والقول فى ذلك قولها لانه لا يقف عليه غيرها ولا يقال الجهل بحكم الشرع لا يعتبر فى دار الاسلام لانا نقول لم يعتبر لرفع الحكم وانما اعتبرناه لدفع قصد الفساد الذى يصير الفعل به تعديا وهذا لانه لا يجب عليها الضمان الا اذا قصدت الفساد وقصدها الفساد لا يتصور مع الجهل بالفساد او بالنكاح زيلعى (قوله اذا ارضعتها بلا حاجة) فلو ظنت انها جائعة فأرضعتها ثم تبين انها شبعانة لا تكون متعمدة شرنبلالية عن الجوهرة (قوله وعن محمد انه يرجع فى الوجهين) لانها أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر والتأكيد جار مجرى الاتلاف ولنا انها متسببة لا مباشرة لانها باشرت الارضاع وهو ليس بموضوع لافساد النكاح بل هو سبب موضوع للجزئية وانما يثبت الفساد فى هذه الصورة باتفاق الحال والمتسبب انما يضمن بالتعدى زيلعى قوله ثم القول فى ذلك قولها أى بيمينها شرنبلالية عن الفتح والجوهرة ثم الاخذ بقولها مقيد بما اذا لم توجد قرينة تدل على تعمدها الفساد در عن المعراج (قوله ويثبت بما يثبت به المال) لكن لا تقع الفرقة الا بتفريق القاضى لتضمنها ابطال حق العبد والظاهر عدم توقفها على الدعوى لتضمنها حرمة الفرج الذى هو حق الله والحاصل ان المذهب عندنا ان النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد حتى لو وطئها قبل التفريق لا يجب عليه الحد اشتبه الامر اولم يشتبه وفى الفاسد لا بد من تفريق القاضى أو المتاركة بالقول فى المدخول بها وفى غيرها يكتفى بالمفارقة بالابدان نهر عن الزيلعى فى اللعان قال ونقل ابن وهبان انه لو شهد عندها عدلان على الرضاع بينهما وهو يجحد ثم ماتا أو غابا قبل الاداء عند القاضى لا يسعها المقام معه كما لو شهدا بطلاقها الثلاث وكذا لا يسعها قتله به يفتى ولا التزوج بآخر وقيل لها التزوج ديانة در عن شرح الوهبانية (تتمة) قال لزوجته هى أمى أو أختى أو بنتى من الرضاع وأصر على ذلك بان قال بعده هو حق أو كما قلت فرق بينهما وان لم يصر بل قال أخطأت أو نسيت لم يفرق ولو اقرت المرأة بذلك قبل النكاح واصرت عليه جاز أن يتزوجها لان الحرمة ليست اليها قالوا وبه يفتى بزازية قال فى الصغرى هذا دليل على انها لو أقرت بالثلاث من رجل حل لها أن تزوج نفسها منه اهـ لان الطلاق فى حقها مما يخفى لاستقلال الرجل به فصح رجوعها ومثل هذا فى الاقرار بالنسب فيمن ليس لها نسب معروف وأفاد انه لا يثبت بخبر الواحد امرأة كان أو رجلا سواء كان ذلك قبل العقد أو بعده كذا فى الكافى والنهاية تبعا لرضاع الخانية الا انه ذكر فى المحرمات انه ان كان قبل النكاح وكان المخبر عدلا ثقة لا يجوز النكاح وان بعده وهما كبيران فالاحوط أن يتنزه وبه جزم البزازى معللا بأن الشك فى الاول وقع فى الجواز وفى الثانى فى البطلان والدفع أسهل من الرفع واختلاف الجواب فى البابين لاختلاف الروايتين ففى المحيط شهدت واحدة به قبل العقد فقيل يعتبر فى رواية ولا يعتبر فى اخرى نهر ولفظ الخانية على ما فى البحر أراد أن يخطب امرأة فشهدت امرأة قبل النكاح انها أرضعتهما كان فى سعة من تكذيبها كما لو شهدت به بعد النكاح اهـ وفى الدرر أقرت به وانكر ثم أكذبت نفسها وتزوجها جاز وكذا ان تزوجها قبل أن تكذب نفسها ولو أقرا جميعا بذلك ثم أكذبا أنفسهما ثم تزوجها جاز الخ فهذا يقتضى عدم ثبوته بخبر الواحد فما فى الزيلعى عن المغنى وتبعه العينى من ان خبر الواحد مقبول فى الرضاع الطارئ ومعناه أن يكون تحته صغيرة وتشهد واحدة بأنها رضعت امه أو اخته أو امرأته بعد العقد الخ ثم قال وعلى هذا فينبغى أن يقبل قول الواحدة قبل العقد خلاف المعتمد ولذا قال فى البحر والحاصل ان الرواية قد اختلفت فى اخبار الواحد قبل النكاح وظاهر المتون انه لا يعمل به وكذا الاخبار برضاع طارئ فليكن هو المعتمد فى المذهب الخ (قوله أو رجل وامرأتين) ولو كانت احدى المرأتين هى المرضعة شيخنا (قوله وقال مالك الخ) لان الحرمة من حقوق

ان تعمدت) الكبيرة (الفساد)
وتعمد الفساد انما يكون اذا ارضعتها
بلا حاجة وضرورة وتعلم بقيام النكاح
وتعلم ان الارضاع مفسد (والا) أى
وان لم تتعمد الفساد بان فات شئ مما
ذكرنا (لا) يرجع به وعن محمد انه يرجع
فى الوجهين وهو قول الشافعى ثم القول
فى ذلك قولها (ويثبت) الرضاع (بما
يثبت به المال) وهو شهادة الرجلين
العدلين العاقلين البالغين الحرين او رجل
وامرأتين كذلك وقال مالك شهادة
امرأة واحدة ان كانت موصوفة بالعدالة
وقال الشافعى يثبت بأربع نسوة والله
سبحانه وتعالى اعلم

الله تعالى فتثبت بخبر الواحد كسائر حقوقه كمن اشترى لحما فأخبره عدل انه ذبيحة مجوسي فان الحرمة تثبت به ولا يحل تناوله غير انه اذا ثبتت الحرمة يثبت زوال ملك النكاح ضمنا وكم من شئ يثبت ضمنا وان كان لا يثبت قصدا ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك فى النكاح وابطال الملك يتوقف على شهادة شاهدين كما فى الشهادة على الطلاق لان ملك النكاح مع الرضاع لا يجتمعان فتكون الشهادة بالرضاع شهادة بالفرقة اقتضاء بخلاف مسئلة اللحم لان حرمة التناول تقبل الفصل عن زوال الملك كالعصير اذا تخمر والدهن اذا تنجس وجلد الميتة فانها مملوكة مع حرمة تناولها فأمكن قبولها لثبوت الحرمة مع بقاء الملك فاعتبر فيه الامر الديني زيلعي (فرعان) الاول قضى القاضي بالتفريق برضاع بشهادة امرأة لم ينفذ * الثاني مص رجل ثدى زوجته لم تحرم در

قوله بشهادة امرأة عبارة الدر امرأتين
قوله لم ينفذ لانه من المسائل التى لا يسوغ فيها الاجتهاد وهي نيف وثلاثون مذكورة فى قضاء الاشباه
قوله مص رجل قيد به احترازا عما اذا كان الزوج صغيرا فى مدة الرضاع فانها تحرم عليه اه بحراوى

(كتاب الطلاق)

(كتاب الطلاق) المناسبة ان الطلاق يحرم كالرضاع اولان الطلاق مقابل النكاح وهو اسم بمعنى التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومصدر من طلقت المرأة بالضم كالجمال من جمل وبالفتح كالفساد من فسد والتركيب يدل على الحل والانحلال (هو رفع القيد

(قوله المناسبة ان الطلاق الخ) اى المناسبة بين كتاب الطلاق وكتاب الرضاع كما هو صريح كلامه لكن قوله اولان الطلاق الخ يقتضي ان المناسبة بين كتاب الطلاق والنكاح وهذا تدافع حموي واجاب عنه شيخنا بأنه يمكن دفع التدافع باعتبار المناسبة اما بين الطلاق والرضاع فهي الاشتراك فى التحريم واما باعتبارها بين الطلاق والنكاح فهي التقابل والتضاد لا بين الطلاق والرضاع فانه الذى يوجب التدافع اه وقدم الرضاع لان حرمته مؤبدة والطلاق مغي بغاية وتقديم الاشد أسد نهر (قوله وهو اسم بمعنى التطليق) أى اسم مصدر مسماه التطليق الذى هو مصدر طلق مضعف العين حموي (قوله ومصدر) عطف على قوله اسم والمراد ان الطلاق استعمل اسم مصدر للتطليق ومصدر الطلق حموي واعلم ان الفرق بين المصدر واسم المصدر هو ان المعنى الذى يعبر عنه بالفعل الحقيقي الذى هو مبدأ الفعل الصناعي ان اعتبر فيه تلبس الفاعل به وصدوره عنه فاللفظ الموضوع بازائه مقيدا بهذا القيد يسمى مصدرا وان لم يعتبر فيه ذلك فاللفظ الموضوع بازاء ذلك مطلقا عن هذا القيد المذكور هو اسم المصدر شيخنا (قوله بالضم الخ) وانكر الاخفش الضم وهو لغة حل القيد ورفعه غير انه استعمل فى النكاح بالتفعيل وفى غيره بالافعال ولهذا اذا قال لامرأته أنت مطلقة بتشديد اللام لا يحتاج الى النية وبتخفيفها يحتاج در وعن الزيلعي وكلهم يقول طالق بغيرها لاختصاص الانثى به والمذكور فى الصحاح انه يقال طالقة وكانه لغة قليلة نهر واقول فى شرح الكافية للمحقق الرضي مانصه والاصل فى الصفات أن يفرق بين مذكرها ومؤنثها بالتاء ويغلب فى الصفات التى على وزن فاعل ومفعل أن لا تلحقها التاء ان لم يقصد فيها معنى الحدوث كحائض وطالق ومرضع فان قصد فيها معنى الحدوث فالتاء لازمة كحاضت فهي حائضة وطلقت فهي طالقة وقد تلحقها التاء ان لم يقصد الحدوث كمرضعة وحاملة وربما جاءت مجردة عن التاء صفة مشتركة بين المذكر والمؤنث اذا لم يقصد الحدوث نحو جمل ضامر وناقة ضامر ورجل أو امرأة عانس وفى هذه الصفات مجردة عن قصد الحدوث ثلاثة أقوال انتهى حموي (قوله يدل على الحل والانحلال) يتأمل فى وجه دلالته عليهما حموي لان الانحلال أثر الحل يترتب عليه فكيف يدل الحل عليه واما ان التركيب يدل على الحل فالذى يظهر تسليمه ثم ظهر ان كلامه على التوزيع فاذا قلنا انه اسم مصدر مكرر العين فقد أفاد الحل وان قلنا انه مصدر فعل بالضم او الفتح فقد أفاد الانحلال كذا ذكره شيخنا (قوله هو رفع القيد الخ) عبر المصنف بالقيد رعاية للمعنى اللغوي وبه اندفع ما فى البحر من ان رفع القيد حاصل بالاذن لها وليس طلاقا يعني فليس التعريف مانعا حموي لم يقل رفع عقد النكاح لان الرفع انما يرد على الموجود وهو الحكم واما العقد فعرض انقضى ولم يقل من الاهل فى المحل لان هذا شرط فى وجوده لا فى حقيقته قيل التعريف غير مطرد لصدقه على الفسوخ كخيار العتق والبلوغ أي عتق الزوجة وبلوغ احدهما

مطلب الفرق بين المصدر واسم المصدر

وارتدادأحدهما فكان عليه ان يقول بلفظ مخصوص كما في الفتح لكن يرد عليه أي على الفتح أيضا هذا غير منعكس اذ الرجعي لاشك انه طلاق ولا رفع فيه لما في المحيط الطلاق الرجعي لا يزيل القيد والحل للحال بل في المآل متى انضم اليه ثنتان أو انقضاء العدة فكان عليه ان يقول ولوما لا نهر ولهذا قيل ينبغي انه لو طلقها ثم راجعها قبل مضي العدة أن لا يكون طلاقا لانه لم يوجد الرفع في المآل والجواب ان الرفع في المآل لم ينحصر في انقضاء العدة قبل المراجعة بل فيه وفيما اذا طلقها بعد ثنتين فانه حينئذ يظهر عمل الطلقة الاولى بانضمام الثنتين اليها فتحرم حرمة غليظة كما أشار اليه في المحيط بقوله واذا طلقها ثم راجعها يبقى الطلاق وان كان لا يزيل القيد والحل للحال لانه يزيلهما في المآل اذا انضم اليه ثنتان ايضا وعلى هذا لو طلقها ثم ماتت قبل مضي العدة أو طلقها ثم راجعها ثم ماتت يتبين عدم وقوع الطلقة الاولى حتى لو حلف انه لم يوقع عليها طلاقا لا يحنث حموي ومعنى الاطراد انه كلما وجد الحد وجد المحدود والانعكاس كلما وجد المحدود وجد الحد وهذا ليس كذلك لان الرفع يوجد ويتخلف عنه الطلاق والطلاق يوجد ويتخلف عنه رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح هذا ايضاح كلام شيخنا (قوله الثابت شرعا) خرج به القيد الثابت حسا فقط كحل الوثاق والا ففي الطلاق رفع قيد حسي كمنع الخروج من بيته حموي ولا حاجة لقوله شرعا لان بالنكاح يغني عنه شيخنا عن الوافي قال بعض الشارحين كان ينبغي ان يعرف بانه لفظ دال على رفع قيد النكاح لان حقيقة الشئ ركنه وركنه هو اللفظ المخصوص الدال على رفع القيد وأجيب بان التعريف تارة يكون بالحد وتارة يكون بالرسم وما هنا تعريف اسمي اختاره المصنف على الحد تسهيلا على الطلاب واقول التحقيق ان لفظ الطلاق والنكاح والبيع أمور اعتبارية حصلت مفهوماتها أولا ووضعت اسماؤها بازائها فليس لها معان غير تلك المفهومات لان الامور الاعتبارية لا يكون لها حقيقة وراء الاعتبار الذي اعتبره المعتبر فتكون تلك المفهومات التي وضعت الاسماء بازائها حدودا اسمية لا رسوما حموي (قوله بالنكاح) خرج به العتق نهر وسببه الحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وشرطه كون الزوج مكلفا والمرأة منكوحة او في عدة تصلح معها محلا للطلاق شرنبلالية وضبطها في المحيط فقال المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق والمعتدة بعدة الوطء لا يلحقها الطلاق فلا يقع في عدة عن فسخ كخيار العتق والبلوغ ونحو ذلك واورد عليه في فتح القدير المعتدة عن تفريق باباتها أو ارتداد احدهما حيث يلحقها الطلاق مع انها معتدة عن فسخ نهر وحكمه وقوع الفرقة مؤجلا بانقضاء العدة في الرجعي وبدونه في البائن وركنه نفس اللفظ ومحاسنه منها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية ومنها جعله بيد الرجال لا النساء وشرعه ثلاثا وأما وصفه فالاصح حظره الا لحاجة شرنبلالية عن الفتح وقوله وشرطه كون الزوج مكلفا أي ولو تقديرا ليدخل السكران كما في النهر وقوله والاصح حظره ورجح العامة اباحته وقولهم الاصل فيه الحظر معناه ان الشارع ترك هذا الاصل فأباحه وهو نظير قول صاحب الاسرار الاصل في النكاح الحظر وانما أبيح للحاجة الى التوالد والتناسل فهل يفهم منه انه محظور فالحق اباحته بحر بل يستحب لو مؤذية أو تاركة الصلاة كما في غاية البيان ومفاده ان لا اثم بمعاشرة من لا تصلي نهر وعن ابن مسعود لان ألقى الله وصداقها بذمتي خير من أن أعاشر امرأة لا تصلي ويجب لوفات الامساك بالمعروف كما في المجبوب والعنين ويحرم لو بدعيا وجعلت ولايته الى الرجل لانه المالك كالمسترق لها بالمهر ولانها لا روية لها في أمورها وشرع العدد فيه للتمكن من التدارك عند الندم وانحصر في الثلاث لانه عدد متعين في الشرع وهو أقل الجمع ولا نهاية لا كثره عيني (تتمة) هل الطلاق ينحصر في الثلاث في حقه عليه السلام أم لا خلاف حكاه الشبرخيتي في شرح مختصر الشيخ خليل المالكي في الكلام على الخصائص (قوله تطليقها) مرفوع بالابتداء مصدر مضاف الى مفعوله وطوى ذكر الفاعل تقديره تطليق الرجل امرأته واشار الشارح بقوله تطليقة واحدة يعني رجعية كما في النهر الى ان واحدة صفة مصدر محذوف وقوله في طهر متعلق بالمبتدا وقيد به لانه لو كان في الحيض

الثابت شرعا بالنكاح (تطليقها) تطليقة (واحدة في طهر لا وطء فيه وتركها حتى تمضي عدتها أحسن)

مطلب هل ينحصر الطلاق في الثلاث في حقه عليه السلام

لا يمكن ان يكون لنفرة الطبع لا للمصلحة حموي عن البرجندي وقوله لا وطء فيه اى فى الطهر جملة فى محل
الجر على انها صفة الطهر عيني وقوله لا وطء فيه اى ولا فى الحيض الذى قبله لانه لو طلقها فى طهر وطئها
فى حيض قبله كان بدعيا ولو طلقها بعد طهور حملها أو كانت ممن لا تحيض فى طهر وطئها فيه لا يكون
بدعيا العدم العلة أعنى تطويل العدة عليها نهر واقتصر على قوله لا وطء فيه ولم يقل منه ليدخل فى كلامه
ما لو وطئت بشبهة فان طلاقها والحالة هذه فيه بدعي لكن يرد عليه الزنى فان الطلاق فى طهر وقع
فيه سني حتى لو قال لها انت طالق للسنة وهي طاهرة ولكن وطئها غيره فان كان زنى وقع وان بشبهة لا كذا
فى المحيط وكان الفرق ان وطء الزنى لم يترتب عليه احكام النكاح فكان هدرا بخلاف الوطء بشبهة
وقوله وتركها بالرفع عطف على المبتدا وهو أيضا مصدر مضاف الى مفعوله والفاعل متروك أى وترك
هذا المطلق امرأته حتى تمضي عدتها وقوله أحسن خبر المبتدا لما روى عن ابراهيم النخعي كان الصحابة
يستحبون ان لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تمضي عدتها ولانه ابعد من الندم لتمكنه من التدارك
عيني والمراد تركها من غير طلاق آخر لا الترك مطلقا لانه اذا راجعها لا يخرج الطلاق عن الاحسنية حموي
وانما كان هذا القسم أحسن من الثاني لانه لا خلاف لاحد فى عدم الكراهة فيه بخلاف الثاني فان مالكا
يقول فيه بالكراهة نهر ومعنى كونه أحسن أي بالنسبة الى البعض الآخر لا أنه فى نفسه حسن فاندفع به
ما قيل كيف يكون حسنا مع انه أبغض الحلال وهذا أحد قسمي المسنون فانه حسن واحسن ومعنى
المسنون هنا انه ثبت على وجه لا يستوجب عتابا الا انه المستعقب لثواب لان الطلاق ليس عبادة فى نفسه
فالمراد هنا المباح نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها بدعيا فمنع نفسه الى وقت السني يثاب على كف نفسه
عن المعصية لا على نفس الطلاق ككف نفسه عن الزنى مثلا بعد تهيئ أسبابه ووجود الداعية فانه يثاب
لا على عدم الزنى لان الصحيح ان المكلف به الكف لا العدم بحر لانه لا اختيار له فيه (قوله وسني من حيث
الوقت والعدد) هذا معلوم من كلامه بالاولى لانه اذا كان القسم الثاني اعنى الحسن سنيا فلان يكون
الاحسن سنيا بالاولى نهر اعلم ان السنة فى الطلاق من وجهين سنة فى العدد وسنة فى الوقت فالسنة فى
العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وهي أن لا يزيد على واحدة فى الحال كما بين والسنة فى
الوقت تثبت فى حق المدخول بها خاصة وهي ان يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة
وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان
النفرة وبالجماع مرة فى الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها فى حال الطهر والحيض خلافا لزفر حموي
ولو كان غائبا واراد أن يطلقها للسنة كتب اليها اذا جاءك كتابي هذا ثم حضت فطهرت فأنت طالق ولو اراد
ان يفعل ذلك ثلاثا كتب ثلاثا اذا حضت وطهرت فأنت طالق وان شاء قال فأنت طالق ثلاثا للسنة وان
كانت لا تحيض قال ثم اذا اهل شهر فأنت طالق اوفأنت طالق ثلاثا للسنة وهذه الكتابة على هذا الوجه
واجبة نهر عن الفتح (قوله وقال مالك هو بدعة ولا يباح الا واحدة) لان الطلاق محظور فلا يباح الاقدام
عليه الا لدفع الحاجة وهو يحصل بالواحدة ولنا قوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها ثم يدعها حتى
تحيض وتطهر ثم يطلقها ثم تحيض وتطهر ثم يطلقها ان أحب عيني (قوله ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع)
اى فى الطلقة الاولى حموي (قوله والاظهر انه يطلقها كما طهرت) لئلا يبتلى بالايقاع عقب الوقاع هداية
قال الكمال والاول اقبل ضررا فكان أولى شرنبلالية (قوله أو بكلمتين متفرقتين) اذا لم يتخلل بين
التطليقتين رجعة وان تخللت فلا يكره عند ابى حنيفة وان تخلل التزوج بينهما فلا يكره بالاجماع زيلعي
وقوله وان تخلل التزوج اى فيما اذا أبانها ثم عقد عليها ثم طلقها فى الطهر شيخنا (قوله بدعى) اسم من
الابتداع غلب استعمالها فيما هو نقص فى الدين او زيادة نهر ووجه كونه بدعيا ما روى فى حديث ابن عمر
قال قلت يا رسول الله ارايت لو طلقتها ثلاثا قال اذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك واعلم انه ذهب
جماعة منهم الظاهرية والشيعة الى ان الطلاق الثلاث جملة لا يقع الا واحدة لما روى عن ابن عباس انه

(و) سني من حيث الوقت والعدد (و) تطليقها لمدخول بها (ثلاثا) ثلاثة (في) ثلاثة (أطهار) لا وطء فيها في كل طهر تطليقة واحدة (حسن وسني) من حيث الوقت والعدد وقال مالك هو بدعة ولا يباح الا واحدة ثم قيل الاولى أن يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر أن يطلقها كما طهرت (و) تطليقها (ثلاثا) بكلمات متفرقات (فى طهر) واحد (أو بكلمة) واحدة فيه أو الجمع بين التطليقتين فى طهر واحد بكلمة واحدة أو بكلمتين متفرقتين (بدعي) من حيث العدد وسني من حيث الوقت ان خلا الطهر من الجماع

قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وسنتين من خلافة عمر واحدة فامضاه عليهم عمر ولنا ما روى من حديث العجلانى وفيه طلقها ثلاثا قبل ان يأمره النبى عليه السلام متفق عليه ولم ينقل انكاره وقد روى ذلك نصا عن عمر وعلى وابن عمر والجواب عن حديث ابن عباس انه انكار على من يخرج عن سنة الطلاق بايقاع الثلاث واخبار عن تساهل الناس فى مخالفة السنة فى الزمان المتأخر عن العصرين كانه قال الطلاق الموقع الآن ثلاثا كان فى ذينك العصرين واحدة عينى تبعا للزيلعى لكن قال الكمال ومانقل فى تأويله ان الثلاث التى يوقعونها الآن انما كانت فى الزمان الاول واحدة تنبيها على تغير الزمان ومخالفة السنة يشكل اذ لا يتجه حينئذ قوله فامضاه عليهم عمر شيخنا عن خط الشلبى ثم اعلم ان مدة خلافة الصديق كانت سنتين وعمر عشر سنين وخلافة على ست سنين وعثمان اثنى عشر سنة شيخنا (قوله وقال الشافعى مباح) لانه مشروع وهو لا يجامع الحظر عنده بخلاف الطلاق فى حالة الحيض أو فى طهر جامعها فيه لان الحظر فيه لغيره ولنا ماتلونا وماروينا من حديث ابن عمر لانه أمر بالتفريق والايقاع جملة يضاده فيكون مفوتا للأموربه فيكون بدعة ضرورة ولان الطلاق انما جعل متعددا ليمكنه التدارك عند الندم فلا يحل له تفويته كما قلنا ليس له أن يطلقها حالة الحيض لانها زمان النفرة فلعله يندم فى زمان الطهر زيلعى (قوله وغير الموطوءة) حقيقة او حكما ولا وجه لقصره على الحقيق كما فى النهر لان الخلوة كالوطء فى حكم العدة ومراعاة السنة فى الطلاق لاجل العدة كما فى المعراج حموى (قوله ولو حائضا) ظاهره ان الطلاق الاحسن لا يكون فى غير المدخول بها حيث جعل مطلق الطلقة فى غير الموطوءة من الطلاق الحسن ويمكن أن تجعل واو ولو حائضا للحال على ماذهب اليه بعض النحاة وعلى هذا يكون الطلاق الواحد فى غير المدخول بها ان وجد فى الحيض فهو حسن والا فهو احسن حموى عن البرجندى (قوله وعند زفر يكره حالة الحيض) لان قيام النفرة الطبيعية والمنع الشرعى فيه لا يختلف بالدخول وعدمه فصارت كالمدخول بها وبه قال مالك فى رواية ولنا ان الرغبة لا تفتر عن غير المدخول بها حائضا كانت أو طاهرة حتى يحصل مقصوده بخلاف المدخول بها فان طهرها هو زمان تجدد الرغبة عينى وعلى هذا لا يكره له تخييرها قبل الدخول فى حالة الحيض وان تختار نفسها وأن يفرق القاضى بينهما بخيار البلوغ وغيره زيلعى (قوله وفرق على الاشهر فيمن لا تحيض) لان الشهر فى حقها قائم مقام الحيض ثم ان كان الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان فى وسطه فبالايام فى حق التفريق والعدة عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهى مسئلة الاجارة زيلعى ولو قال وكذا فى العدة عند أبى حنيفة الخ لكان أولى لانه لا خلاف بينهم فى اعتبار الشهور بالايام فى حق التفريق ولهذا قال فى النهر ثم ان أوقعه فى أول كل شهر أعنى أول ليلة رئى فيها الهلال اعتبرت الاشهر بالاهلة اتفاقا وان فى وسطه فبالايام فى التفريق اتفاقا فلا يوقع الثانية فى اليوم الموفى ثلاثين بل فى الحادى والثلاثين وكذا فى العدة عند الامام واعلم ان تفريق الطلاق على الاشهر فى حق من لا تحيض حسن وسنى كما فى متن الدرر وسيأتى فى كلام الشارح مايدل عليه وهو قوله وعند محمد وزفر لا تطلق الحامل للسنة الا واحدة (قوله لصغر) بان لم تبلغ تسع سنين على المختار أو اياس بأن بلغت خمسا وخمسين سنة على الراجح أما ممتدة الطهر فمن ذوات الاقراء فلا يطلقها للسنة الا واحدة مالم تدخل فى حد الاياس لان الحيض مرجو فى حقها نهر فعلى هذا لو كان قد جامعها فى الطهر وامتد لا يمكن تطليقها للسنة حتى تحيض ثم تطهر وهى كثيرة الوقوع فى الشابة التى لا تحيض زمن الرضاع بحر (قوله لا تطلق الحامل الخ) لان الشهر فى حقها ليس من فصول العدة فصارت كممتدة الطهر ولهما أن الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما فى حق الآيسة والصغيرة بخلاف الممتد طهرها اذ الحيض مرجو فيها ولا يرجى مع الحمل (قوله وصح طلاقهن) أى حل لان الكلام فيه لا فى الصحة لان الكراهة فى ذوات الحيض باعتبار توهم الحمل لان

عند

مطلب ضبط مدة خلافة الخلفاء الاربعة رضى الله تعالى عنهم

وقال الشافعى مباح (وغير الموطوءة تطلق) واحدة لا زيادة عليها (للسنة ولو) كانت (حائضا) وهو ظاهر الرواية وقيل ان السنة فى العدد تختص بالموطوءة حتى لو طلق ثلاثا جاز لغير الموطوءة لا يكره وعند زفر يكره حال الحيض كذا فى الحواشى نقلا عن الشرح (وفرق) طلاق الموطوءة للسنة من حيث الوقت والعدد (على الاشهر) بأن يطلقها واحدة فاذا مضى شهر آخر يطلقها اخرى فاذا مضى شهر آخر يطلقها اخرى (فيمن لا تحيض) لصغر أو كبر أو حمل وعند محمد وزفر لا تطلق الحامل للسنة الا واحدة (وصح طلاقهن)

عند ذلك يشتبه وجه العدة ولم يوجد هنا شيخنا اخذا من كلام الزيلعي واعلم ان ضمير النسوة وهي النون من قوله وصح طلاقهن راجع الى من في قوله فمن لا تحيض مراعاة لمعناها لوقوعها على الصغيرة والآيسة والحامل لا للفظها اذ حقه الافراد والتذكير وقد وقع مراعاة كل منهما في القرآن حموي (قوله اي الصغيرة) قيده الحلواني بصغيرة لا يرجى حبلها اما من يرجى فالافضل ان يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر واعترضه في الفتح بأن قول زفر ليس هو في افضلية الفصل بل في لزومه واجاب في البحر بأن التشبيه في اصل الفصل لا في الافضلية نهر (قوله والحامل) لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق قال ابن الكمال وفيه نظر لان الاطباء أجمعوا على ان الجماع في حال الحمل يضر بالولد فعلى هذا ينبغي أن لا يكون زمان الحبل زمان الرغبة عند الخواص اه واقول هذا عجيب منه رحمه الله فانه لا التفات الى كلام الاطباء اذا خالف كلام الفقهاء حموي (قوله وهو بدعي) أي الطلاق بعد الوطء وان صح هو بدعي من حيث الوقت هذا هو الظاهر من كلامه وفيه نظر فليحرر ويجوز أن يجعل الضمير راجعا للمطلق الطلاق الا انه بعيد غاية البعد وبالجملة فموضع هذه الجملة بعد قوله وطلاق الموطوءة حائضا بدعي حموي (قوله من حيث الوقت والعدد) الصواب اسقاط الوقت فان طلاق من لا تحيض في طهر وطئها فيه لا يكون بدعيا لعدم العلة أعني تطويل العدة عليها كذا ذكره شيخنا (تتمة) معنى كون الطلاق سنيا من حيث الوقت ان يكون الطهر الواقع فيه الطلاق لا وطء فيه اذا كانت ممن تحيض فان كانت لا تحيض وطلقها في طهر وطئها فيه لم يكن بدعيا كما سبق عن شيخنا ومعنى كونه سنيا من حيث العدد تفريق الطلاق على الاطهار ان كانت ممن تحيض او على الاشهر ان كانت لا تحيض وتقدم ان السنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغيرها بخلاف السنة في الوقت فانها خاصة بالمدخول بها فغير المدخول بها يطلقها في حال الطهر والحيض كما سبق (قوله وعند زفر يفصل بين الجماع والطلاق بشهر) كما يفصل بين التطليقتين به لانه بالجماع تفتر الرغبة فلابد من مضي المدة لتجددها كذوات الاقراء بخلاف الحامل لان الرغبة فيها وان فترت من وجه بقيت من وجه آخر لان الحبل يدعو الى امساكها لمكان الولد منها ولنا ان الكراهية في ذوات الحيض باعتبار توهم الحبل لان عند ذلك يشتبه وجه العدة لاحتمال العلوق ولم يوجد هذا المعنى هنا وصارت كالحامل والرغبة وان فترت من وجه كثرت من وجه آخر لانه يرغب في وطء غير معلق زيلعي (قوله وطلاق الموطوءة حال كونها حائضا بدعي) لقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أي لاطهار عدتهن وقال عليه السلام في حديث ابن عمر لما ان طلق زوجته وهي حائض ما هكذا أمرنا الله تعالى ولا خلاف انه بهذا الايقاع عاص ولما كان المنع منه فيه لتطويل العدة عليها كان النفاس كالحيض قيد بالطلاق لان التخيير والاختيار والخلع في الحيض لا يكره بحر عن المجتبى والجوهرة (قوله وهو مستحب) أي المراجعة المفهومة من الفعل وذكر الضمير لان المصدر المختوم بالتاء يجوز تذكيره وتأنيثه وانما كانت مستحبة لانه عليه السلام أمر عمر حيث قال مر ابنك وقطع نسبة الامر الواقع بقوله فليراجعها عن نفسه والامر المحمول على الايجاب هو المنسوب الى الشارع ولو كان المراد هنا الامر الايجابي لكان حقه أن لا يقطع نسبته عن نفسه ويقول قل لابنك فليراجعها حموي عن ابن الكمال وسيأتي عن العناية جوابه (قوله والاصح انها واجبة) عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعا للضرر عنها بتطويل العدة زيلعي عن الهداية وقوله ورفعا للمعصية معطوف على قوله عملا لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع اثره اي اثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة بالمراجعة فان قلت الامر لعمر وحقيقة الوجوب على عمر أن يأمر ابنه بذلك ولا دلالة في ذلك على الوجوب على ابنه قلت قال في العناية ان فعل النائب كفعل المنوب فصار كانه عليه الصلاة والسلام امره بذلك فيثبت الوجوب ويجوز أن يقال فليراجعها أمر لابن عمر

أي الصغيرة والآيسة والحامل (بعد الوطء) بلا فصل وهو بدعي من حيث الوقت والعدد ان كان زائدا على الواحدة وعند زفر يفصل بين الجماع والطلاق بشهر في حق الآيسة والصغيرة (وطلاق الموطوءة) حال كونها (حائضا بدعي) من حيث الوقت (فيراجعها) لدفع البدعة هي مستحبة والاصح انها واجبة (ويطلقها) ان شاء (في طهر ثان)

فتجب عليه المراجعة اهـ (قوله في طهر ثان) يعني اذا طهرت من تلك الحيضة التي وقع فيها الطلاق حاضت ثم طهرت وهو الطهر الثاني فيطلقها في ظاهر الرواية وهو المذكور في الاصل ووجهه ما رواه نا عن ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض وفي رواية تطليقة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسـ فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر وتحيض ثم تط ثم ان شاء امسك وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي أمر الله ان تطلق لها النساء رواه الجما غير ابن ماجه عيني وماجه باسكان الهاء وصلا ووقفا شيخنا عن ابن خلكان (قوله وعن أبي حنيفة يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الخ) كذا ذكره الطحاوي وقول الكرخي ما ذكره الطحاوي قول أ حنيفة وما ذكره في الاصل قولهما ورده في الفتح كما في الشرنبلالية بان الظاهر ان ما في الاصل قول الكـ لانه موضوع لاثبات مذهب الامام الا ان يحكي الخلاف ولم يحك فلهذا قال في الكافي انه ظاهر الروا عن أبي حنيفة وما ذكره الطحاوي رواية عن أبي حنيفة اهـ وجه ما ذكره الطحاوي ما روى سالم عن ا عمر انه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ليطلقها اذا طهرت رواه مسلم والاربعة عيني ثم جملة الامر أن النساء صنفان مدخول بها وغير مدخو بها والمدخول بها نوعان حبالى وحبالى والحبالى نوعان ذوات الاقراء وذوات الاشهر والطلاق نوعان سـ وبدعي فالسني من وجهين أحدهما من جهة العدد والآخر من جهة الوقت فالسنة من حيث العـ شامل للكل حتى لا يجوز له ان يطلق بكلمة واحدة أو في طهر واحد من غير تخلل رجعة أو نكاح آ من واحدة والسنة من حيث الوقت يختص بالمدخول بها الحائل ذات الاقراء والبدعي أنواع ان يطل بكلمة واحدة أو في طهر واحد أكثر من واحدة من غير تخلل ما ذكرنا أو يطلق المدخول بها في حالة الحيـ أو في طهر قد جامعها فيه وهي من ذوات الاقراء أكثر من واحدة فكل ذلك مذكور في المتن فتأمـ زيلعي (قوله ولو قال لموطوءته) حقيقة أو حكما لما سيأتي في الشارح ان الخلوة كالدخول (قوله وقع عـ كل طهر طلقة) لانه مطلق فيتناول الكامل وان كانت من ذوات الاشهر يقع للحال طلقة وبعد شهر أ وبعد شهر أخرى وكذا الحامل ان لم يكن له نية أو نوى كذلك فان كان قبل الدخول بها وقعت الـ طلقة ثم لا يقع عليها قبل التزوج شيء زيلعي ولا تنحل اليمين لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها فان تزو وقعت الثانية فان تزوجها أيضا وقعت الثالثة فتفرق الثلاث على التزوجات كما في فتح القدير. في المعراج من انه يقع الثلاث للحال بالاجماع سهو ظاهر بحر (قوله وقال زفر لا يصح اذا نوى الثلاث الحال) لانه نوى ضد السنة والشيء لا يحتمل ضده ولنا انه نوى ما يحتمله لفظه فصحت نيته لانه سني و من حيث ان وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه اذ المطلق ينصـ الى الكامل وهو السني وقوعا وايقاعا وينتظمه عند نيته كما اذا قال كل مملوك لي حر أو حلف لا يأ لحما لا يتناول المكاتب ولا لحم السمك الا بالنية لقصور فيه ولو قال أنت طالق للسنة ونوى ثلاثا جـ أو متفرقا على الاطهار صح هكذا ذكره شمس الائمة وشيخ الاسلام وصاحب الاسرار وذكر فخر الاسـ والصدر الشهيد وجماعة منهم صاحب الهداية انه لا يصح نية الجملة فيه زيلعي والحاصل انهم اختلفوا فـ اذا نوى وقوع الثلاث جملة هل يصح مطلقا سواء ذكر الثلاث أولا والراجح انه لا يصح فيه وقوعها جـ اذا لم يذكر الثلاث ولهذا نظر في العناية في كلام قاضيخان بانه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتـ في العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضى لا عموم له عندنا (قوله واعلم ان الخلوة كالدخول الخ) و يعلم ان المصنف لو أبدل قوله ولو قال لموطوءته بقوله للمدخول بها ليشمل ما لو اختلى بها فقط لـكان (قوله والبائن ليس بسني في ظاهر الرواية) اذ لا حاجة الى اثبات زيادة البينونة في الخلاص ووجه ما الشارح عن الزيادات من انه سني فلا يكره حاجته الى الخلاص ناجزا (قوله والخلع سني) لانه لا تحصيل البدل الا به (قوله ويقع طلاق كل زوج) من كل وجه فلا يرد زوج المبانة اذ لا يقع طلاقه

وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها فيه (ولو قال لموطوءته) وهي من ذوات الاقراء (أنت طالق ثلاثا للسنة) ولم ينو شيئا (وقع عند كل طهر طلقة وان نوى ان تقع الثلاث الساعة) أي في الحال (أو عند كل شهر واحدة صحت) نيته وقال زفر لا يصح ان نوى الثلاث في الحال ولو كانت آيسة أو صغيرة مدخولا بها أو غير مدخول بها فقال أنت طالق ثلاثا للسنة وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى ثم اعلم ان الخلوة كالدخول في حق مراعاة السنة والبائن ليس بسني في ظاهر الرواية وفي الزيادات سني والخلع سني سواء كان في حيض أو طهر (ويقع طلاق كل زوج

علم اى فى العدة ثم كلامه شامل لما اذا وكل به او اجاز من الفضولى ولو زوجته بان قال لى نعم ماصنعت اواصبت لا على وجه الانكار وفى القنية فى نعم ماصنعت قال ابو بكر لا يكون اجازة ولو قال بئس ماصنعت فهو اجازة وعندى على عكسه وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو الظاهر وفى الخانية عن ابن الفضل التسوية بين نعم وبئس فى ان كلا منهما لا يكون اجازة وفى البزازية وتطليق الفضولى والاجازة قولا وفعلا كالنكاح انتهى فلو حلف لا يطلق فطلق فضولى ان اجاز بالقول حنث وبالفعل لا قول ويمكن ان يكون كيفية الاجازة بالفعل ان يدفع اليها مؤخر صداقها بعد ماطلقها الفضولى نهر (فرع) جحود النكاح لا يكون طلاقا ذكره ابن الملك فى الوصية حموى (قوله عاقل) اى حقيقة ومافى الدر عن البدائع ولو تقديرا ليدخل السكران لا يحتاج اليه للاستغناء عنه بما سيأتى فى المتن (قوله ولو كان الزوج مكرها الخ) أى بالنطق لما فى الخانية فلو اكره بالحبس والضرب على ان يكتب طلاق امرأته فكتب فلانة بنت فلان بن فلان طالق لا تطلق امرأته لان الكتابة أقيمت مقام العبارة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا نهر قيد بالاكراه على الكتابة لانه لو كان بدون اكراه وكان مستبينا على نحو لوح وقع ان نوى وقيل مطلقا ولو على نحو الماء فلا مطلقا ولو كتب على وجه الرسالة والخطاب كان يكتب يا فلانة اذا جاءك كتابى هذا فانت طالق طلقت بوصول الكتاب در عن الجوهرة وفى النهر عن الخانية أكره على ان يوكل به فقال أنت وكيلى ثم قال لها وكله بطلاقها لم يسمع منه لانه اخرج الكلام جوابا للكلام الآخر والجواب يتضمن اعادة مافى السؤال وقد حصر غير واحد ما يصح مع الاكراه فى مواضع عشرة ووصلها فى الخزانة الى ثمانية عشر وهى الطلاق والنكاح والرجعة والحلف بطلاق او عتاق والظهار والايلاء والعتق وايجاب الصدقة والعفو عن دم العمد وقبول المرأة الطلاق على مال والاسلام وقبول الصلح عن دم العمد على مال والتدبير والاستيلاد والرضاع واليمين والنذر ولم يذكر الفىء مع ان من اقتصر على العشرة عده فهى تسعة عشر والعشرون الاكراه على قبول الوديعة ففى القنية اكره على قبول الوديعة فتلفت فى يده فلمستحقها تضمين المودع ان كان بفتح الدال وهو الظاهر ولا يخفى ان الطلاق ولو على مال والعتق كذلك يشمل المعلق والمنجز والنذر يشمل ايجاب الصدقة وقد نظمها فى النهر فقال

طلاق وايلاء ظهار ورجعة * نكاح مع استيلاد عفو عن العمد
رضاع وايمان وفىء ونذره * قبول لايداع كذا الصلح عن عمد
طلاق على جعل يمين به اتت * كذا العتق والاسلام تدبير للعبد
وايجاب احسان وعتق فهذه * تصح مع الاكراه عشرين فى العد

وقوله يمين به اتت ضمير به للطلاق وضمير اتت لليمين اى الحلف بالطلاق وكذا بالعتاق قال فى النهر ثم ظهر لى بعد ذلك ان مافى القنية انما هو بكسر الدال فليس من المواضع فى شئ وذلك انه فى البزازية قال اكره بالحبس على ايداع ماله عند هذا الرجل واكره المودع ايضا على قبوله فضاع لا ضمان على المكره والقابض لانه ماقبضه لنفسه كما لو هبت الريح فالقته فى حجره فاخذه ليرده فضاع فى يده لا يضمن انتهى واطلق كثير صحة اسلام المكره قال فى البحر وقيده فى سير الخانية بكونه حربيا وان كان ذميا لا يكون مسلما اه قال فى النهر اقول وهذا التقييد لم يوجد فى سير الخانية بل فى المبسوط انه مذهب الشافعى اه وتعقبه شيخنا بان نفى الوجود غير مسلم بل هو موجود فيها ونصه فى باب مايكون كفرا من المسلم ومالا يكون وكذا اسلام المكره اسلام عندنا ان كان حربيا وان كان ذميا لا يكون اسلاما اه ومثل مافى البحر من التقييد فى منح الغفار بالعزو الى الخانية ووجه المسئلة بأن الحربى يجبر على الاسلام دون الذمى وقد قلد صاحب النهر فى الرد على صاحب البحر العلامة السيد الحموى فى حاشيته على الاشباه وقد علمت سقوطه (قوله على الطلاق) اى على انشائه وقال الشافعى طلاق المكره لا يقع لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وبه قال مالك واحمد ولنا قوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن

مطلب جحود النكاح لا يكون طلاقا

(قوله عاقل بالغ ولو كان الزوج مكرها) على الطلاق امالو اكره على الاقرار بالطلاق فاقر لا ينفذ اقراره نص عليه فى شرح الطحاوى

جد النكاح والطلاق والرجعة والمراد بما رواه احكام الآخرة لان عينه ليس بمراد لوجوده حقيقة وحكمه دنيوي واخروي فلا يتناولهما لفظ واحد لانهما كالمشترك وحكم الآخرة مراد بالاجماع فانتفى الآخر ان يكون مرادا عيني وكما لا يؤثر في هذه الاشياء الاكراه لا يؤثر فيها الهزل وقد نظمها العلامة الحموي فقال

وليس الاكراه مع هزل يؤثر في * عتق نكاح طلاق واليمين تلا

(قوله ولو سكران) محله اذا كان اصيلا واما اذا وكله رجل بطلاق فطلق وهو سكران لا يقع حموي عن الملتقطات يعني وكان وكيلا بالطلاق على مال فلو بلا مال وقع كما في النهر عن البزازية وهي احدى المسائل السبعة التي استثناها الاصوليون من تصرفات السكران والثانية الاقرار بالحدود الخالصة والثالثة الردة والرابعة الاشهاد على شهادة نفسه والخامسة الاب او الجد اذا زوج الصغير باكثر من مهر المثل والسادسة الوكيل بالبيع لو سكر فباع لم ينفذ بيعه على موكله والسابعة لو غصب من صاح فرده وهو سكران نهر ولو زاد المصنف او ساهيا لكان اولى لانه لا فرق في وقوع الطلاق بين ان يكون قاصدا له ام لا كما في منية المفتي ونصه ملخصا اراد ان يلتزم صوم يوم فجرى على لسانه صوم شهر او اراد ان يقول شيئا فجرى على لسانه النذر او الطلاق او العتاق او اراد في يمينه الخبز فجرى على لسانه اللحم او جرى على لسانه طلاق عمرة وهو يريد زينب يعتبر ما سمي في القضاء اه وانما قيد بقوله في القضاء لانه لا يقع عليه طلاق ولا عتاق ديانة افصح به في فتح القدير حيث قال وقد يشير اليه أي الى الوقوع قضاء فقط قوله في الخلاصة بعد ذكر ما لو سبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين اه يعني ولا فرق بين الطلاق والعتاق نهر وهو الظاهر من قول الامام بحر عن الخانية خلافا لابي يوسف فابو يوسف يفرق بينهما ففي الطلاق يقع قضاء لا ديانة وفي العتق يقع قضاء وديانة ولا خلاف ان المنذور يلزمه ولا خلاف انه لو جرى على لسانه الكفر مخطئا لا يكفر وكذا ان تلفظ به غير عالم بمعناه وانما لا يقع عليه طلاق في الديانة لان التي سمى لم يردها واما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية بحر عن الحاوي (قوله وهو اختيار الكرخي والطحاوي) وعليه الفتوى كما في التتارخانية عن التفريق در ووجهه انه لا قصد له كالنائم زيلعي ووجه ما مشى عليه المصنف ان عقله زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له والخلاف مقيد بما اذا شربه للتداوي اما اذا كان للهو والطرب فيقع بالاجماع نهر عن الجوهرة (قوله وزال عقله) فيه مسامحة لا تخفى بل هو مغلوب لكن لما كان المغلوب كالمعدوم اطلق عليه اسم الزوال (قوله او من الشهد) الشهد العسل في شمعها وفيه لغتان فتح الشين لتميم وجمعه شهاد مثل سهم وسهام وضمها لاهل العالية شيخنا عن المصباح (قوله كزواله بالبنج) سياق كلام الشارح يدل على تحريمه وبه صرح في الجوهرة حيث قال ولا يجوز اكل البنج والحشيش والافيون وذلك كله حرام لانه يفسد العقل حتى يصير الرجل فيه خلاعة وفساد ويصد عن ذكر الله وعن الصلاة لكن تحريم ذلك دون تحريم الخمر فان اكل شيئا من ذلك لا حد عليه وان سكر كما اذا شرب بولا او اكل غائطا فانه حرام ولا حد عليه بل يعزر بما دون الحد اه لكن صرح الزيلعي باباحته ونصه واختار الكرخي والطحاوي ان طلاق السكران لا يقع لانه لا قصد له كالنائم وهذا لان شرط صحة التصرف العقل وقد زال فصار كزواله بالبنج وغيره من المباحات قال المولى سري الدين وقد وقع التصريح بذلك يعني اباحة البنج في كلام غير واحد كصدر الشريعة في مبحث العوارض من التوضيح (قوله اذا لم يعلم فعله قبل الاكل) هل يأتي هذا القيد في قوله سابقا ولو شرب من الاشربة الخ كذا بخط بعض الفضلاء والظاهر انه لا يتأتى لان فعل الاشربة معلوم قبل الشرب فلا حاجة الى التقييد حموي (قوله واما اذا علم فعله واكل يقع الطلاق) قال في النهر والحق التفصيل وهو انه ان كان للتداوي لم يقع لعدم المعصية وان لم يكن بل للهو وادخال الآفة قصدا ينبغي ان لا يتردد في الوقوع وقد قيد ابن ملك في شرح المنار اباحة البنج والافيون بما اذا كان للتداوي وفي تصحيح القدوري وفي هذا الزمان اذا سكر من البنج يقع طلاقه زجرا له وعليه الفتوى (قوله قال بعض مشايخنا لا يقع) قال في النهر وهو الاصح

(و) لو كان الزوج (سكران) وفي احد قولي الشافعي لا يقع وهو اختيار الكرخي والطحاوي ولو شرب من الاشربة التي تتخذ من الحبوب او من العسل او من الشهد فسكر وطلق لا يقع خلافا لمحمد كذا في شرح المجمع ولو شرب الخمر فلم يزل عقله بالشرب ولكن صدع وزال عقله بالصداع لا يقع طلاقه كزواله بالبنج والدواء اذا لم يعلم فعله قبل الاكل واما اذا علم فعله واكل يقع الطلاق ولو اكره على الشرب فشرب حتى سكر فطلق امرأته قال بعض مشايخنا لا يقع

كما

كما في التصفة وشرح الجامع والفتاوى لقاضيخان (قوله وقال بعضهم يقع) وهو الصحيح كما في الخانية قال
بعض الفضلاء ظاهره انه لافرق بين طلاقه بالصريح وبالكناية لكن شرطوا في الكناية النية فهل يقال
انه لا يقع عليه الا اذا اعترف بالنية فلو مات في حال سكره لا يحكم عليه بالطلاق فليحرر حموي (قوله ولو
اخرس باشارته) يعني المقرونة بالتصويت لان العادة منه ذلك فكانت بيانا لما اجمله الاخرس حموي وهذا
الاطلاق قيده الزيلعي بما اذا ولد اخرس او طرأ عليه ذلك ودام اما اذا لم يدم فانه لا يقع وفي آخر النهاية عن
التمرتاشي تقديره بسنة وعن الامام انه لابد ان يدوم الى الموت قالوا وعليه الفتوى اه وعلى هذا
فتصرفاته قبل ذلك موقوفة وعن بعض الشافعية انه ان كان يحسن الكتابة لم يقع طلاقه بدونها قال
في الفتح وهو قول حسن فالخلاف انما هو في قصر صحة تصرفاته على الكتابة والا فغيره يقع طلاقه بالكتابة
ولا يحتاج الى نية حيث كان على وجه الرسم فالاشبه نهر وظاهره وقوع الطلاق باشارته مطلقا وان كان
يحسن الكتابة وهو صريح كلام الخانية معللا بانه لا يرجى منه العبارة فتقام الاشارة مقام العبارة كما
تقام الكتابة مقام العبارة (قوله لا طلاق الصبي الخ) لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي
والمجنون والمراد بالجواز النفوذ دون الحل لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة عناية واطلق الصبي
فعم المراهق وما لو اجازه بعد البلوغ اما لو قال اوقعته وقع لانه ابتداء ايقاع وجوزه الامام احمد كما في الدر
لكن قوله اما لو قال اوقعته وقع يشكل بما لو طلق في النوم فاستيقظ فقال اوقعته حيث لا يقع كما سيأتي
(قوله والمجنون) الا اذا علق عاقلا ثم جن فوجد الشرط او كان عنينا او مجبوبا واسلمت وهو كافر وابى ابوه
الاسلام وقع الطلاق در عن الاشباه لكن لو ابدل قوله وابى ابوه الاسلام بقوله وابى كل من ابويه لكان
اولى لانه يحكم باسلامه تبعا لاحدهما ايا ما كان واراد بالمجنون من في عقله اختلال فيدخل المعتوه
والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش نهر (قوله والنائم) لانتفاء الارادة ولهذا لا يتصف بصدق
ولا كذب ولا خبر ولا انشاء در حتى لو طلقها وهو نائم ثم قال اجزت ذلك الطلاق او اوقعت ما تلفظت به
في النوم لم يقع اما لو قال اوقعت ذلك الطلاق او جعلته طلاقا وقع لانه ابتداء ايقاع نهر واستشكله شيخنا
بان اسم الاشارة راجع الى ما تلفظ به في النوم فكيف يقع به وفي الشرنبلالية عن الجوهرة كذا لو استيقظ
فقال اجزت ذلك الطلاق او اوقعته لا يقع به لانه اعاد الضمير الى غير معتبر اه قال ثم ظهر لي الفرق وهو
انه اوقع الطلاق في اليقظة بلفظ مماثل للصادر في النوم (قوله والسيد على امرأة عبده) سواء كان كامل
الملك اولا حموي وعلل المسئلة منلا خسرو بانه ليس بزوج وتعقبه عزمي زاده بان هذا التعليل لم يجده
في كتب الفقه ولا يظهر له وجه صحة فان الشبهة انما هي من جهة ان يكون للولي التصرف في طلاق
العبد كما ان له التصرف في نكاحه فان له اجبار عبده وامته على النكاح كما سبق في بابه والاولى ان
يعلل بان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى كما في الهداية اه اما اذا قبل العبد
النكاح على ان امرها بيده اي بيد سيده يطلقها كيف شاء صح وكان الامر بيده بخلاف ما لو قال زوجني
امتك على ان امرها بيدك فزوجها منه حيث لا يكون في يده كما في الخانية وفيها لو قال العبد اذا تزوجتها
فامرها في يدك ابدا كان الامر في يده ولا يمكنه اخراجه ابدا وسيأتي نظيره في المحلل نهر ولا فرق بين ان
تكون حرة او امة للمولى او لغيره حموي (قوله وقال الشافعي الطلاق يعتبر بحال الرجال) لقوله عليه
السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولنا ما روته عائشة عنه عليه السلام انه قال طلاق الامة ثنتان
وعدتها حيضتان لا يقال اراد به الامة التي تحت العبد لانا نقول عدة الاماء لا تختلف بين ان تكون تحت
حر او عبد فتقييده في حق الطلاق يوجب تقييده في حق العدة ولم يقل به احد فكان باطلا ولان الحر
لو ملك ثلاثا على الامة لملك ايقاعه عليها على وجهه المشروع وهو ايقاعه في اوقات السنة لان من
ملك الطلقات الثلاث يملك ايقاعها في اوقات السنة وبه افحم عيسى بن ابان ابن صدقة الشافعي فقال
ايها الفقيه اذا ملك الحر على الامة ثلاث تطليقات كيف يطلقها للسنة فقال يوقع عليها واحدة فاذا

وقال بعضهم يقع (و) لو كان (اخرس)
يقع (باشارته حرا) كان الزوج (او عبدا لا)
اي لا يقع (طلاق الصبي والمجنون
والنائم والسيد على امرأة عبده واعتبار
بالنساء) وقال الشافعي الطلاق يعتبر
بحال الرجال والخلاف يظهر في حرة
تحت عبد وامة تحت حر (فطلاق الحرة
ثلاث) مطلقا سواء كان زوجها حرا
او عبدا وقال الشافعي ثلاثا ان كان
زوجها حرا

حاضت وطهرت يطلقها واحدة فلما اراد ان يقول فاذا حاضت وطهرت قال امسك حسبك فان عدتها قد انقضت بالحيضتين فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة زيلعي وعيسى بن ابان من أصحاب محمد (قوله وطلاق الامة ثنتان) بالتأنيث باعتبار تأويل الطلاق بالتطليقة كما في العناية حموى (تتمة) ملك أحد الزوجين الآخر كله او بعضه يبطل النكاح لان المالكية تنافي ابتداء النكاح فتمنع بقاءه ولو ورثه حين ملكته فطلقها في العدة أو خرجت الحربية من دار الحرب مسلمة ثم خرج زوجها مسلما فطلقها في عدتها الغاه ابو يوسف اى قال لا يقع في المسئلتين واوقعه محمد فيهما درروابن ملك ونفي وقوع الطلاق قول ابي يوسف الآخر وتطلق في قوله الاول وهو قول محمد كما ذكره قاضيخان ويخالفه نقل الكمال عن المبسوط انه لا يقع طلاقه في قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد وفي قوله الآخر يقع اه (تنبيه) لم يذكر منلاخسرو عكس المسئلة وهي ما لو حررها بعد شرائه ثم طلقها في العدة والحكم وقوع الطلاق في قول محمد وقول ابي يوسف الاول ورجع ابو يوسف عن هذا وقال لا يقع وهو قول زفر وعليه الفتوى قاله قاضيخان انتهى فالفتوى على ما مشى عليه منلاخسرو تبعا للمجمع من عدم وقوع الطلاق فيما لو ورثه بعد شرائها اياه كذا في الشرنبلالية قال شيخنا اقول قد ذكر الزيلعي في اضافة الطلاق الى الزمان المسئلة الاولى وعكسها على الاتفاق مقتصرا عليه في الثاني وعزا كون القول بالوقوع في الاولى لمحمد فقط الى الكافي وعلل وقوع الطلاق في المسئلة الاولى وعكسها اما في الاولى فقال لزوال المنافي لمالكية الطلاق ولهذا تجب عليه النفقة والسكنى واما في الثانية فقال لزوال المانع بقي ان قيد تحريرها اياه وتحريره اياها هل هو معتبر المفهوم اولا ففي الزيلعي انه معتبر حيث قال عقب قول المصنف فلو اشتراها وطلقها لم يقع يعني لو اشترى امرأته ثم طلقها لم يقع الطلاق عليها لان وقوع الطلاق يستدعي قيام النكاح من كل وجه او من وجه ولم يوجد وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع لما قلنا وعن محمد انه يقع وقد رد الزيلعي هذه الرواية على محمد بعا بطول وهل البيع مثل التحرير او لا ذكر الزيلعي انه مثله حيث قال والبيع بعد الشراء كالعتق فيما ذكرنا زوال المانع الخ (خاتمة) يقع الطلاق بلفظ العتق بلا عكس يعني اذا قال لامرأته اعتقتك تطلق اذا نوى او دل عليه الحال واذا قال لامته طلقتك لا تعتق لان ازالة الملك اقوى من ازالة القيد درر

(باب الطلاق الصريح)

لما فرغ من بيان اصل الطلاق و وصفه شرع في بيان تنويعه اى تنويع ما به الايقاع الى الصريح والكناية فبدأ اولا ببيان الصريح ثم أعقبه بالكناية نهر وهو لغة اما من صرح بمعنى خلص من تعلقات الغير فهو صريح وهو الذي لا يفتقر الى اضمار او تأويل او من صرحه اظهره ومنه سمي القصر صرحا لظهوره ولفظ الصريح قد يكون عربيا كما هو في المتن وقد يكون فارسيا على اختلاف المشايخ كذا في المفتاح وتقييده بالفارسية يقتضي ان ما عدا الفارسية والعربية لا يوجد فيه صريح الطلاق حموى (قوله هو اسم لكل كلام الخ) هذا عند الاصوليين قال الحموى وهو عند الاصوليين ما ظهر المراد منه ظهورا بينا حتى صار مكشوف المراد بحيث يسبق الى فهم السامع بمجرد السماع حقيقة كان او مجازا وعند الفقهاء ما استعمل في الطلاق دون غيره وفي التحرير هو ما ثبت حكمه الشرعي بلا نية اه (قوله مكشوف المراد) اى في نفسه بالنظر الى كونه لفظا مستعملا سواء كان المراد منه معنى حقيقيا او مجازيا كذا في التلويح واحترز بقوله في نفسه عن استتار المراد منه في الصريح بواسطة غرابة اللفظ او ذهول السامع عن الوضع وعن انكشاف المراد منه في الكناية بواسطة التفسير والبيان حموى عن البرجندي (قوله وذا انما يكون عند كثرة الاستعمال) اى ولو بطريق المجاز كما سبق كالتعبير بالجزء عن الكل و في قوله

(و) طلاق (الامة ثنتان) مطلقا سواء كانت تحت حر او عبد وقال الشافعي ثنتان ان كانت تحت عبد

(باب الطلاق الصريح) هو اسم لكل كلام مكشوف المراد بحيث يسبق الى فهم السامع مراده وذا انما يكون عند كثرة الاستعمال (هو

وذا انما يكون عند كثرة الاستعمال ايماء الى انه لا يشترط فى كونه صريحا عدم استعماله فى غيره حتى لو استعمل فى غيره نادرا لم يقدح فى كونه صريحا ويدل عليه ما فى النهر عن الخانية من انه اذا كان تركيا واراد به الطيال لا يصدق فما سبق عن الحموى ومثله فى النهر ايضا من انه ما استعمل فى الطلاق دون غيره اه اى استعمالا كثيرا وليس المراد نفى الاستعمال فى غيره اصلا فان قلت يشكل حينئذ بما فى الدرر والدرر من انه الذى لم يستعمل الا فيه قلت لا اشكال لانه اذا كان ما كثر استعماله فيه صريحا فالذى لم يستعمل الا فيه أولى بالصراحة كما فى البحر ونصه الصريح فى اصول الفقه ما غلب استعماله فى معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازا فان لم يستعمل فى غيره فاولى بالصراحة وقد وقع فى الهداية تدافع فانه علل الالفاظ التى ذكر المصنف انها من الصريح بالاستعمال فى معنى الطلاق دون غيره ثم علل عدم افتقارها الى النية بغلبة الاستعمال كذا فى الفتح وأجاب فى البحر بحمل العبارة الاولى على الغالب (قوله كانت طالق) ولو بفتح اللام وكذا اذا ابدل الطاء تاء أو القاف عينا أو غينا أو كافا أو لاما ولم يصدق انه لم يرد الطلاق الا اذا اشهد على ذلك قبل التكلم سواء كان عالما أو جاهلا وعليه الفتوى واعلم ان التقييد بالخطاب فى كلام المصنف اتفاقى بل مثل أنت طالق زوجتى طالق أو هى طالق وما فى النهر فيد بخطابها لما فى البزازية قال لها لا تخرجى الا باذنى فانى حلفت بالطلاق فخرجت لا يقع لعدم ذكر حلفه بطلاقها ويحتمل الحلف بطلاق غيرها والقول له اه فيه نظر اذ لا دلالة فى كلام البزازية على ان عدم الوقوع فى هذه الصورة لعدم الخطاب حتى يؤخذ منه فائدة التقييد بالخطاب فى كلام المصنف وقوله فى البحر وقوعه فى القضاء بلا نية بشرط ان يقصدها بالخطاب معناه اذا كانت الصيغة فيها خطاب لا ان الخطاب شرط حموى على ان قول البزازى والقول له يفيد ان عدم وقوع الطلاق فى المسئلة التى ذكرها لكونه لم ينوها ثم ظهر سقوط اعتراض الحموى على النهر لان صاحب النهر لم ينفرد بهذه العبارة بل هو تابع لما صرح به فى البحر حيث قال قيد بخطابها لانه لو قال حلفت ولم يضف اليها لا يقع كما فى البزازية الخ والحاصل ان خصوص الخطاب ليس مرادا بل ما هو الاعم منه أو ما يقوم مقامه كالاضافة صرح بذلك فى البحر حيث قال وذكر اسمها أو اضافتها اليه كخطابه اه فالتقييد بالخطاب ونحوه كالاضافة للاشارة الى ان الصيغة لا تكون من الصريح الا اذا اشتملت على شئ من ذلك كذكر اسمها فان تجردت عن ذلك لم تكن من الصريح فيتوقف الوقوع حينئذ على النية يدل على ذلك صريح عبارة البزازى السابقة ويدل عليه أيضا ما صرح به فى البحر حيث قال اذا قال طالق فقيل له من عنيت فقال امراتى طلقت ولو قال امراة طالق او قال طلقت امراة ثلاثا وقال لم اعن به امراتى يصدق ولو قال عمرة طالق واسم امراته عمرة وقال لم اعن به امراتى طلقت امراته ولا يصدق قضاء وفى النهر لو سماها بغير اسمها لم تطلق الا بالنية ولو قال عليه الطلاق من ذراعى كما يفعله العوام يقع عليه الطلاق قضاء وفيه عن الفتح وقد تعورف الحلف بالطلاق يلزمنى لا افعل كذا يريد ان فعلته فعلى الطلاق فيجرى عليهم لانه صار بمنزلة قوله ان فعلت فانت كذا ولو قال على الطلاق او الطلاق يلزمنى او الحرام ولم يقل لا افعل كذا لم اجده فى كلامهم نهر وقد ظفر به شيخنا مصرحا به فى كلام الغاية للسروجى معزيا الى المغنى ونصه الطلاق يلزمنى او لازم لى صريح لانه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وكذا قوله على الطلاق اه ونقل السيد الحموى عن الغاية معزيا الى الجواهر الطلاق لى لازم يقع بغير نية اه بخلاف قوله لامراته لك الطلاق حيث يتوقف على النية عند الامام ان نواه يقع والا فلا وقال ابو يوسف ان نواه يقع وان لم ينو فالامر بيدها وعنه يقع فى القضاء ويدين ان نوى غير ذلك ولو قال عليك الطلاق تطلق بالنية وان قال طلاق عليك واجب وقع حموى عن المبتغى (تتمة) حذف القاف فان كسر اللام او كان فى مذاكرة الطلاق وقع بلا نية والا توقف عليها ووجه الوقوع انه ترخيم كذا فى الخانية قال فى الفتح وهو غلط لانه انما يكون اختيارا فى النداء وفى غيره اضطرارا فى الشعر اه ورده فى النهر بان الترخيم لغة يقال على مطلق الحذف كما نص عليه الجوهرى وغيره وهو المراد هنا ولو قال

كانت طالق

ياطال بكسر اللام وقع بلانية كذا في الخانية ايضا قال في النهر وينبغي ان يكون الضم كذلك اذ هو لغة من لا ينتظر بخلاف الفتح فانه يتوقف على النية اه قال السيد الحموي وفيه تأمل ووجهه انه ينبغي ان يتوقف على النية في الضم ايضا فانه اذا لم ينتظر الحرف الذي بعد اللام لم تكن مادة طلاق موجودة ولا ملاحظة حتى يكون الطلاق بها صريحا لا يحتاج الى النية بخلافه على لغة من ينتظر الآخر وفي البحر لو حذف اللام أو الطاء معها لم يقع اه وكلامه على التوزيع أي حذف اللام مع القاف بان اقتصر على الطاء أو حذف الطاء مع القاف بان اقتصر على اللام فتدبر (قوله ومطلقة) ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال اردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية أبي سليمان وهو حسن كذا في الفتح ثم قال وينبغي على قياس ما في العتق لو سماها طالق ثم ناداها به لا تطلق نهر (قوله ويقع الطلاق بهذه الالفاظ الخ) يشير الى ان الفاعل ضمير مستتر يرجع الى الطلاق وقوله واحدة بالنصب صفة مصدر محذوف وهذا عدول عن الظاهر من غير داع اليه وكان الظاهر ان يقال في مزج كلام المصنف ويقع بهذه الالفاظ طلقة واحدة كما هو ظاهر حموي واقول هذا على ما وقع له في نسخته من اسناد الفعل الى الطلاق أما على ما في نسخة شيخنا فالطلاق مضروب عليه وحينئذ فواحدة يتعين رفعه على انه الفاعل يقع واحترز بقوله بهذه الالفاظ عن الالفاظ الثلاثة الآتية فان نية الثلاث صحيحة فيها وقوله أولم ينو شيئا أي من الاكثر والابانة فلا يرد عليه مالو نوى غيرهما بان نوى الطلاق عن وثاق فانه يصدق ديانة فقط الا اذا كان مكرها فانه يصدق قضاء أيضا أما عن العمل فلا الا في رواية ولو صرح بالمنوى ففي العمل لا يصدق قضاء وفي الوثاق بفتح الواو وكسرها بمعنى القيد يصدق قضاء لانه يستعمل قليلا ولو قال أنت طالق من هذا القيد يصدق مطلقا زيلعي يعني في القضاء والديانة وما ذكره عزمي مما يقتضي انه انما يصدق في القضاء فقط وعزاه للزيلعي غلط شيخ شاهين وهو مقيد بما اذا لم يقرنه بالثلاث أما اذا قال أنت طالق من هذا القيد ثلاثا لم يصدق في القضاء انه لم ينو طلاقا لانه لا يتصور رفع القيد ثلاث مرات فانصرف الى قيد النكاح لئلا يلغو وهذا التعليل يفيد اتحاد الحكم فيما لو قال مرتين قال في البحر والحاصل ان قولهم الصريح لا يحتاج الى النية انما هو في القضاء أما في الديانة فيحتاج اليها لكن وقوعه في القضاء بلانية بشرط ان يقصدها بالخطاب بدليل ما قالوه لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول انت طالق ولا ينوي لا تطلق وكذا اذا كان يكتب ما في الكتاب من قوله امرأتي طالق متلفظا بذلك على قصد الحكاية لا يقع عليه قال في النهر وبهذا بطل قوله في البحر ان الوقوع في القضاء بشرط ان يقصد خطابها لظهور ان من اراد ان يقول اسقيني فسبق لسانه بالطلاق لم يقصد خطابها الخ وفيه عن القنية امراة كتبت انت طالق ثم قالت لزوجها اقرأ على هذا فقرأ لا تطلق اه واعلم ان المرأة كالقاضي لا يحل لها ان تمكنه اذا سمعت او شهد به عدل لكن تعتبر نيته بينه وبين الله تعالى در وتفتدي منه عن نفسها بغير القتل على المختار للفتوى وعلى القول بقتله تقتله بالدواء وهذا اذا كان بعد انقضاء العدة اما اذا كانت قائمة فلا يحرم عليه وطؤها لانه رجعي فلا تمنعه عن نفسها شرنبلالية والمراد من كون المراة كالقاضي في عدم التصديق لا مطلقا فان خبر الواحد العدل يعتبر عند المراة ولا يعتبر عند القاضي لان شان القاضي التفريق وشان المراة عدم التمكين احتياطا عزمي زاده (قوله واحدة) أما قوله كأنت طالق فلما في الهداية انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة المراة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به هو نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا وتوضيحه ما قال صاحب التوضيح ان قوله انت طالق يدل على الطلاق الذي هو صفة المراة ويدل على التطليق الذي هو صفة الرجل اقتضاء فالذي هو صفة المراة لا يصح فيه نية الثلاث لانه غير متعدد في ذاته وانما التعدد في التطليق حقيقة وباعتبار تعدده يتعدد لازمه الذي هو صفة المراة فلا تصح فيه نية الثلاث واما الذي هو صفة الرجل فلا تصح فيه نية الثلاث

ومطلقة وطلقتك ويقع) الطلاق بهذه الالفاظ (واحدة

أيضا لانه ثابت اقتضاء وبه يظهران قول الزيلعي قول صاحب الهداية انه نعت فرد لا يستقيم لان الكلام في الطلاق لا المراة لا يستقيم لظهوران الكلام في الطلاق بقيد كونه صفة للمراة لا مطلقا واما البواقي فلانها للاخبار لغة والشارع نقلها الى الانشاء لكنه لم يسقط معنى الاخبار بالكلية لانه في جميع اوضاعه اعتبر المعاني اللغوية حتى اختار للانشاء الفاظا تدل على ثبوت معانيها في الحال كالفاظ الماضي فاذا قال طلقتك وهو في اللغة للاخبار وجب كون المرأة موصوفة به في الحال فيثبت الشرع الايقاع من جهة المتكلم اقتضاء ليصح هذا الكلام ويكون الكلام ثابتا اقتضاء فلا يصح فيه نية الثلاث الا في المصدر اذ لا عموم للمقتضى ولان نية الثلاث انما تصح بطريق المجاز ولا تصح نية المجاز الا في اللفظ كنية التخصيص درر حتى لو حلف لا يأكل طعاما ونوى شيئا منه تعمل نيته بخلاف ما اذا حلف لا يأكل ونوى التخصيص فانه لا يصدق والفرق بينهما ان الاول ملفوظ به فيقبل التخصيص لانه من وظائف الالفاظ دون الثاني لانه ثبت اقتضاء والمقتضى لا عموم له فلا يقبل التخصيص قضاء (قوله رجعية) نسبة للرجعة وهو خطأ والصواب حذف التاء كذا قيل ورد بأن التاء هنا تاء المنسوب وذكرها واجب والتاء التي يجب حذفها في النسب تاء المنسوب اليه وحيث كان الواقع رجعية فلا يكون مانعا من الارث أصلا لا في الصحة ولا في المرض درر وانما كان رجعيا لقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وقد قالوا الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح باحسان تركها حتى تمضي عدتها عناية (قوله وان نوى الاكثر الخ) لانه ظاهر المراد فتعلق الحكم بعين الكلام وقام مقام معناه فاستغنى عن النية وبنية الابانة قصد تنجيز ما علقه الشارع بانقضاء العدة فيلغو قصده كما اذا سلم مريد قطع الصلاة وعليه سهو وكذا نية الثلاث تغيير لمقتضى اللفظ كما سبق فيلغو درر وقيد بنيته لانه لو قال جعلتها بائنة أو ثلاثا كانت كذلك عند الامام ومعنى جعل الواحدة ثلاثا على قوله انه الحق بها ثنتين لانه جعل الواحدة ثلاثا كذا في البدائع ووافقه الثاني في البينونة دون الثلاث ونفاهما الثالث ولو راجعها ثم قال جعلتها بائنة لم تكن بائنة لانه لا يملك ابطال الرجعة وفي الصيرفية لو قال على ان لا رجعة لي عليك فبائنة ولو قال ولا رجعة لي عليك فرجعية نهر (فرع) قال انت طالق ولا يعرف ان هذا القول طلاق طلقت في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى كذا بخط الحموي عن البرجندي وهذا يؤيد ما سبق عن النهر حيث ابطل ما ذكره في البحر من ان وقوعه بالصريح في القضاء بلا نية بشرط أن يقصدها بالخطاب فتدبر (قوله أو لم ينو شيئا) لا حاجة اليه فان الواو التي تذكر قبل الشرط الواصل تكون عاطفة على ضد الشرط المذكور ويجوز ان تكون الواو للحال وعليه فلا اشكال حموي فتقدير كلامه على جعل الواو من قوله وان نوى الاكثر للعطف وتقع واحدة رجعية ان لم ينو أو نوى الاكثر أو الابانة وبه يتضح ما ذكره من عدم الحاجة لقوله أو لم ينو شيئا (قوله وقال الشافعي ان نوى أكثر من واحدة يقع ما نوى) لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم لغة فصار كالتصريح به ولهذا يصح تفسيره به فصار كالبائن بل أولى لانه صريح والبائن كناية عنه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه فتلغو نيته لان قوله انت طالق خبر واقتضاؤه ان يكون صادقا ان كان مطابقا أو كاذبا ان لم يكن مطابقا كقوله أنت قائمة ونحوه واما الوقوع من جهة الزوج فلا يقتضيه اللفظ لغة وانما ثبت بالشرع اقتضاء كيلا يكون كاذبا والمقتضى لا عموم له لان ثبوته بالضرورة وقد اندفعت بواحدة فلا حاجة الى ازيد منها بخلاف البائن لان البينونة متنوعة الى غليظة وخفيفة فكان اللفظ محتملا لهما فتعمل نيته زيلعي (قوله ولو قال أنت مطلقة بسكون الطاء الخ) لان لفظ الاطلاق ليس بمختص بالنساء فيحتاج فيه الى النية غاية (قوله ولو قال انت الطلاق الى قوله طالق طلاقا) اقتصاره على ما ذكر يشير الى انه لو قال أنت طالق تطليقة ونوى الثلاث لا يصح لان النية انما تعمل في المحتمل وتطليقة بتاء الوحدة لا يحتمل الثلاث شرنبلالية عن الكمال متعقبا لما في الدرر من جعله الحكم في قوله انت طالق تطليقة كالحكم في باقي الصور في انه يصح فيها نية الثلاث (قوله أو أنت ذات الطلاق) أي صاحبته ترديد في

رجعية وان نوى الاكثر او الابانة او لم ينو
شيئا) وقال الشافعي ان نوى أكثر من
واحدة يقع ما نواه وبه قال زفر وهو
قول ابي حنيفة الاول في نية الثلاث
ولو قال انت مطلقة بسكون الطاء
لا يكون طلاقا الا بالنية (ولو قال انت
الطلاق) اي انت طالق كرجل عدل
او انت ذات الطلاق على حذف المضاف

تفسير قوله انت الطلاق وذلك انه اذا حمل المصدر على اسم العين لابد فى صحة الحمل من التاويل بما ذكر وبقى تأويل آخر لم يذكره هو المبالغة حموى (قوله أو أنت طالق الطلاق) مقتضى الاطلاق عدم صحة نية الثنتين وان نواهما بالتوزيع بان نوى بالمصدر واحدة أخرى وبه قال فخر الاسلام وهو المرجح فى المذهب خلافا لما فى الهداية من تقييده بما اذا لم ينوهما بالتوزيع نهر (قوله رجعية) واعلم انه يستثنى من قولهم الصريح يقع به الطلاق رجعيا الطلاق الصريح الملحق بالبائن فانه ليس برجعى حموى عن البرجندى (قوله بلانية) صفة مصدر محذوف أى وقوعا بلانية حموى (قوله أونوى واحدة) ينظر المعطوف عليه من كلام المصنف والظاهر انه عطف على المعنى والتقدير يقع واحدة وان لم ينو اونوى الخ حموى (قوله أوثنتين) لانه عدد محض فلا يتناوله المفرد درر واطلاقه شامل لما لو سبق منه واحدة قبل نية الثنتين ومافى الجوهرة سهو بحر وتعقبه فى النهر بانه اذا نوى الثنتين مع الاولى فقد نوى الثلاث واذا لم يبق فى ملكه الاثنتان وقعتاه واقره الحموى (قوله وعند زفر تصح نية الثنتين) لانها بعض الثلاث فيصح ضرورة صحة الثلاث ونحن نقول انه عدد محض فلفظ الجنس لايدل عليه فتلغو نيته ونية الثلاث انما صحت لكونها جميع الجنس لان اللفظ مفرد فلابد من مراعاته غيران الفرد نوعان فرد حقيقى وهو ادنى الجنس وفرد حكمى وهو جميع الجنس فايهما نوى صحت نيته لان اللفظ يحتمله ولا كذلك التثنية الاان تكون امة فيصح لانه جميع الجنس فى حقها كالثلاث فى حق الحرة زيلعى (قوله فتصح نية الثنتين) لان ذلك جنس طلاقها عينى اى تمام الجنس درر (قوله وقال عنيت بقولى طالق واحدة وبقولى الطلاق اخرى صدق) لان كل واحد منهما تصلح للايقاع باضمار انت فصار كقوله انت طالق انت طالق فيقع رجعيتان ان كانت مدخولا بها والالغا الكلام الثانى زيلعى وهو ظاهر بالنسبة لما قدمناه من التقييد عن الهداية اما على ماسبق عن فخر الاسلام فلا وقصر الطحاوى نية الثلاث على المعرف اما المنكر فيقع به واحدة لا اصل له فى الرواية المشهورة فلا فرق بينهما كما قال الجصاص نهر (قوله وان اضاف الطلاق الخ) الاضافة بطريق الوضع أى الحقيقة فى انت طالق وبالتجوز فيما يعبر به عن الجملة كرقبتك شرنبلالية قال شيخنا ومن المجاز أيضا الايقاع بلفظ المصدر وكان ينبغى عدم اهماله انتهى وسواء أشار الى ما يعبر به عن الجسد كهذا الراس أو قال راسك اما لو وضع يده على نحو الرقبة فقال هذا العضو طالق أو قال الرقبة منك طالق لم يقع فى الاصح لانه لم يجعله عبارة عن الكل شرنبلالية عن البحر وفيه نظر اذ قوله هذا العضو طالق مشيرا الى رقبتها وجدت فيه الاشارة الى ما يعبر به عن الجسد فأى فرق بينهما حيث وقع الطلاق بالاشارة الى الراس دون الرقبة ثم ظهر ان الفرق انما جاء من جهة وضع اليد على العضو المشار اليه حتى لو وضع يده على الرأس لم يقع ايضا فى الاصح كما فى التنوير ومقتضاه الوقوع فيما لو اشار الى الرقبة بدون وضع يد وقال هذا العضو طالق قياسا على ماذكره فى الدرر من انه اذا لم يضع يده بل قال هذا الرأس طالق وقع ولو نوى تخصيص العضو ينبغى ان يدين (قوله أو الى ما يعبر به عن الجملة) ضابط ذلك ما نقله السيد الحموى عن البناية ان اضاف الطلاق الى عضو لا يبقى الانسان بفقده يقع وان بقى بفقده لايقع الخ وفيه تأمل بالنسبة للفرج اذ هو مما يبقى الانسان بفقده مع ان الطلاق يقع باضافته اليه وكذا ينتقض بما سيأتى من البطن ونحوه كالظهر مما لا يقع الطلاق باضافته اليه مع انه مما لا يبقى الانسان بفقده (قوله أنت طالق) التاء ضمير ذاتها فيكون الطلاق مضافا الى جملتها حموى عن المفتاح (قوله كالرقبة والعنق الخ) قال فى المصباح العنق الرقبة وعليه فالعطف تفسيرى حموى وكذا اذا قال جسمك او نفسك وفى الظهر والدم اختلاف المشايخ قال فى خلاصة الفتاوى والمختار ان لايقع بهما ومال صاحب الهداية الى الوقوع فى الدم وصححه فى الجوهرة نهر واستدل بقولهم دمه هدر قال شمس الائمة فى شرح الكافى وقع فى بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع ثم قال وهذا تصحيف انما هو بعضك او نصفك فاما البضع فلا يعبر به عن جميع البدن غاية (قوله والبدن)

(أو انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا تقع واحدة رجعية) سواء كان (بلانية اونوى واحدة اوثنتين) وعند زفر تصح نية الثنتين وهذا اذا كانت المنكوحة حرة اما اذا كانت امة فتصح نية الثنتين (و) اما (ان نوى) بهذه الالفاظ (ثلاثا فثلاث) ولو قال انت طالق الطلاق و قال عنيت بقولى طالق واحدة وبقولى الطلاق اخرى صدق (وان اضاف الطلاق الى جملتها) اى جملة المراة بان قال انت طالق (اوالى ما يعبر به عنها) اى عن الجملة (كالرقبة والعنق والروح والبدن

لان الرأس والاطراف غير داخلين فيه فليس من الاضافة للجملة كما توهمه الزيلعي حموي (قوله والجسد)
فانه جزء باعتبار الروح فليس من الاضافة للجملة كما توهمه الزيلعي ايضا حموي فالبدن والجسد مما يعبر به
عن الجملة بقي ان يقال مقتضى ما ذكره السيد الحموي من ان الجسد جزء باعتبار الروح ان تكون الروح جزءا
باعتبار الجسد فلا تكون الروح من قبيل الاضافة للجملة خلافا لما يظهر من كلام الزيلعي (قوله والفرج)
وكذا الاست فيقع بقوله استك طالق شرنبلالية عن البحر فان قلت فعلى هذا يشكل ما صرحوا به من
عدم الوقوع في جانب الدبر لان الاست بمعناه ولهذا نظر فيه الاتقاني قلت ما نظر به الاتقاني رده في الفتح
بان البضع أيضا بمعنى الفرج ويقع في الفرج دونه لجواز تعارف أحدهما في الكل دون الآخر قال عليه
السلام لعن الله الفروج على السروج (قوله اوالى جزء شائع) لانه محل لسائر التصرفات كالبيع فيكون
محلا للطلاق لكنه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة درر بخلاف البيع لان النفس
تتجزأ في حقه فيقتصر على الجزء المضاف اليه لعدم الحاجة الى التعدي عزمي عن الزيلعي قال في النهر
والظاهر ان المضاف الى الجزء المعبر به عن الكل اوالى الجزء الشائع صريح اذ لم يشترط في الوقوع به النية
وهذا يؤيد ما مر من انه لا يصدق قضاء لو نوى غيره اذا كان التعبير به عرفا مشتهرا اه واقول هذا عجيب
بعد ان الكلام الآن مفروض لذكر صريح الطلاق حموي وتقييدهم الجزء بالشائع ليس للاحتراز
عن المعين لما في الخلاصة لو قال نصفك الاعلى طالق واحدة ونصفك الاسفل ثنتين أفتى بعضهم بوقوع
الواحدة لان الرأس في النصف الاعلى وبعضهم اعتبر الاضافتين لان الفرج في الاسفل اه وقد علم انه
لو اقتصر على احدهما وقعت واحدة اتفاقا بحر وهو ظاهر بالنسبة لاقتصاره على الاول دون الثاني ثم
رأيته في النهر قال ثم ظاهر قوله وبعضهم اعتبر الاضافتين يعني فأوقع الثلاثة واحدة بالاول وثنتين
بالثاني وبه عرف ان قوله في البحر لو اقتصر على أحدهما وقعت واحدة اتفاقا ممنوع في الثاني (قوله والى
اليد الخ) كذا الانف والساق والفخذ والظهر والبطن واللسان والاذن والفم والصدر والذقن والسن
والشعر والريق والعرق والثدي والدم لانه لا يعبر به عن الجملة فلو عبر قوم به عنها وقع تنوير وشرحه
ويراد القلب أيضا فان قيل اليد والقلب عبر بهما عن الجميع لقوله تعالى تبت يدا أبي لهب وقوله عليه
السلام على اليد ما اخذت وقوله تعالى فانه آثم قلبه وقوله تعالى ما ألفت بين قلوبهم ولهذا قال تعالى
ولكن الله ألف بينهم أجيب بأنه لم يعرف استمرار استعماله لغة ولا عرفا وانما جاء على وجه الندرة حتى اذا
كان عند قوم يعبرون به عن الجملة وقع به الطلاق أي عضو كان درر (تتمة) نقل السيد الحموي عن
الهاكات لجلال زاده ما نصه يجب ان يحتاط في امر الطلاق اذا أضيف الى اليد والرجل باللسان التركي فان
فيه يعبر بهما عن الجملة والذات والذي يفهم انه يقع الطلاق اذا أضيف اليهما باللسان التركي اه (قوله
وقال زفر والشافعي الخ) لانه جزء مستمتع به بعقد النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضيته
للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف اضافة النكاح اليه لان الحرمة في غيره تغلب الحل
فيه ولنا ان الطلاق شرع لرفع القيد فيختص بمحل القيد ومحله ما يجوز اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء
الشائع لانه يجوز اضافة النكاح اليه فيكون محلا للطلاق زيلعي قال شيخنا وقوله بخلاف الجزء الشائع
لانه يجوز اضافة النكاح اليه يشكل بما ذكر في الظهيرية في الفصل الاول من النكاح لو أضاف النكاح
الى نصف المرأة فيه روايتان والصحيح انه لا يصح اه (قوله والايلاء الخ) فان قال لا اقرب رأسك او وجهك
اوفرجك او نصفك اربعة اشهر او رأسك على كظهر أمي كان موليا ومظاهرا اتفاقا وان اضافه الى اليد مثلا
لا يكون موليا ولا مظاهرا عندنا خلافا لزفر والشافعي شيخنا (قوله والظهار) والعفو عن القصاص غاية
(قوله وكل سبب) من أسباب الحرمة كالكتابة شيخنا (قوله وما كان من اسباب الحل) كالنكاح
والشراء فلو أضاف شراء الامة الى يدها لا يصح وكذا الهبة والوصية والاجارة شيخنا (قوله لا يصح
اضافته الى الجزء المعين بلا خلاف) أي الذي لا يعبر به عن الكل نهر (قوله ولو قال طلقتك ثلاثة انصاف

والجسد والفرج والوجه اوالى جزء شائع منها كنصفها اوثلثها تطلق) هذا جواب الشرط (و) ان أضاف الطلاق (الى اليد والرجل والدبر) بان قال يدك اورجلك اودبرك طالق (لا) تطلق وقال زفر والشافعي تطلق وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن وكذا العتاق والايلاء والظهار وكل سبب من اسباب الحرمة على هذا الخلاف وما كان من اسباب الحل لا يصح اضافته الى الجزء المعين بلا خلاف (و) لو قال انت طالق (نصف التطليقة اوثلثها) تقع (طلقة) واحدة (و) لو قال طلقتك (ثلاثة انصاف تطليقتين) تقع (ثلاث) تطليقات ولو قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة

قوله فيثبت الحكم فيه قضيته الخ كذا في نسخ المحشي وعبارة الزيلعي فيكون محلا للطلاق فيثبت فيه قضية الاضافة ثم يسري الخ اه بحراوي

تطليقتين يقع ثلاث تطليقات) لان نصف التطليقتين تطليقة فان جمع بين ثلاثة انصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة ولوقال أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة وهي مدخول بها طلقت ثلاثا لانه اوقع من كل تطليقة جزءا فيتكامل كل جزء لانه ذكر كل تطليقة منكرا والمنكر اذا أعيد منكرا يكون غير الاول بخلاف ما اذا قال انت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها حيث تطلق واحدة لان الثاني والثالث معرف فيكون عين الاول فتكون الاجزاء من طلقة واحدة فيضم بعضها الى بعض حتى تكمل ثم اذا تمت واحدة وفضل شئ وقعت ثانية ثم لا تقع ثالثة حتى تزيد الاجزاء على الثانية جزم الزيلعي بهذا ولم يحك خلافه لانه المختار كما في النهر عن المحيط وغيره لكن نقل في النهر عن المبسوط ان الاصح في اتحاد المرجع وان زادت اجزاء واحدة ان يقع واحدة فقط (قوله قيل ثلاث تطليقات) لان كل نصف يتكامل فيحصل ثلاث درر قوله والصحيح انه يقع تطليقتان لان ثلاثة انصاف طلقة تكون طلقة ونصف فيتكامل النصف فيحصل طلقتان درر (قوله يقع طلقة واحدة) اشار الشارح بتقدير يقع الى ان واحدة بالرفع على انه فاعل فعل محذوف ولا يتعين بل يجوز ان يكون الرفع على انه خبر مبتدا محذوف كما ذكره العيني وحينئذ فقول العيني تطلق واحدة صوابه ابدال تطلق بالواقع على ما لا يخفى اللهم الا ان يقال انه اشار بتقدير تطلق الى تجويز احتمال النصب في واحدة على انه صفة مصدر محذوف والتقدير تطلق طلقة واحدة بقي ان يقال ان واحدة صفة لموصوف محذوف وهو الذي قدره الشارح بطلقة وهو كثير الحذف (قوله وهذا عند أبي حنيفة) اعلم ان الاصل عند ابي حنيفة ان ابتداء الغاية يدخل لا انتهاؤها فاذا قال لها انت طالق من واحدة الى ثنتين يقع واحدة وعندهما يدخلان فيقع ثنتان وعند زفر لا يدخلان فلا يقع في هذه الصورة شئ ولوقال من واحدة الى ثلاث يقع ثنتان ومن واحدة الى اربع يقع ثلاث وعندهما يقع ثلاث في كل منهما وعند زفر ثنتان في كل منهما ومابين كمن فاذا قال انت طالق ما بين واحدة الى ثنتين فعند أبي حنيفة واحدة وعندهما ثنتان وعند زفر لا يقع شئ واذا قال ما بين واحدة الى ثلاث فعند أبي حنيفة ثنتان وعندهما ثلاث وعند زفر واحدة كذا في البرجندي وفي شرح الزيلعي بعد كلام ولابي حنيفة ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر عرفا يقال سن فلان من ستين الى سبعين ويراد به الاكثر من الستين والاقل من السبعين اهـ وأقول فيه انه لا يتأتى هذا في واحدة الى ثنتين لان الطلقة الواحدة لا اقل منها حتى يكون الحكم بها حكما بالاكثر من الاقل وان صح كونه حكما بالاقل من الاكثر حموي والخلاف بين الامام والصاحبين فيما اصله الحظر وفيما مرجعه الاباحة كخذ من مالي من مائة الى الف دخول الغايتين اتفاقا در وقد حاج الاصمعي زفر فقال ما تقول في رجل قال انت طالق ما بين واحدة الى ثلاث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين فقال له ما تقول في رجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين ايكون ابن تسع سنين فتحير فقال استحسن في مثل هذا أي اقول بالاستحسان لا بالقياس واقول كما يشكل هذا على قول زفر يشكل على قولهما حموي ولوقال من واحدة الى واحدة قيل على الخلاف فلا يقع شئ عند زفر وعندهما ثنتان وأبو حنيفة واحدة وعلى هذا من واحدة الى اخرى شيخنا عن خط الزيلعي وقيل يقع واحدة بالاتفاق لاستحالة ان يكون الشئ الواحد حدا ومحدودا فيلغو ويبقى قوله انت طالق وفيه اشكال لان النكرتين ليستا بشئ واحد شيخنا عن خط الزيلعي أيضا ولوقال ما بين واحدة وثلاث يقع واحدة يروى ذلك عن أبي يوسف بخلاف ما اذا كان غاية زيلعي (تتمة) الاصمعي عبد الملك بن قريب بن عبد الملك بن علي بن اصمع بن مظهر بن رياح بن عمرو ابن عبد شمس الاصمعي الباهلي البصري اللغوي روى له أبو داود والترمذي ومات سنة ست عشرة وقيل خمس عشرة ومائتين عن ثمان وثمانين شيخنا عن طبقات النحاة للسيوطي (قوله ان لم ينوا ونوى الضرب) اما اذا نوى الضرب او لم يكن له نية فلان عمل الضرب اثره في تكثير الاجزاء بعدد المضروب فيه لا في زيادة المضروب اذ لو افادها ما وجد في الدنيا فقير وتكثير الاجزاء على الطلقة الواحدة لا يوجب تعددها

قيل يقع ثلاث تطليقات والصحيح انه
تقع تطليقتان (و) لوقال انت
طالق (من واحدة) الى ثنتين (اومابين
واحدة الى ثنتين) تقع طلقة (واحدة
و) لوقال انت طالق من واحدة (الى
ثلاث) اومابين واحدة الى ثلاث
تطليقات (ثنتان) وهذا عند
أبي حنيفة رحمه الله وقالا تقع في الاولى
ثنتان وفي الثانية ثلاث وقال زفر
لا تقع شيء في الاولى وفي الثانية تقع
واحدة وهو القياس (و) لوقال انت
طالق (واحدة في ثنتين) تقع طلقة
(واحدة) رجعية ان لم ينو (أو نوى
الضرب) والحساب وقال زفر
والشافعي تقع ثنتان

مالم

مالم تزد الاجزاء على الواحدة على ماتقدم ولان قوله فى ثنتين ظرف حقيقة وهو لا يصلح له فيقع المظروف لاما جعله ظرفا وعند زفر يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد زيلعى قال سرى الدين افندى ورجح فى فتح القدير قول زفر وكذا رجحه فى غاية البيان (قوله وان نوى واحدة وثنتين فثلاث) ان كانت مدخولا بها لوجود معنى الجمع وان لم تكن مدخولا بها فواحدة كقوله انت طالق واحدة وثنتين ولو نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث مطلقا عينى أى سواء كانت مدخولا بها اولا (قوله ولو قال انت طالق ثنتين فى ثنتين الخ) وان نوى معنى الواو ومع فعلى مامر نهر من وقوع الثلاث اذا كانت مدخولا بها اذا نوى معنى الواو ومطلقا اذا نوى معنى مع ومنه تعلم ان التقييد بالدخول فى كلام الزيلعى والعينى والدرر انما هو فى الصورة الاخيرة وهى ما اذا نوى معنى الواو وهذا ماظهر لى ثم رأيت التصريح بذلك فى كلام الشرنبلالية (قوله الى الشأم) بسكون الهمزة قاله الاتقانى وفى المصباح الشأم بهمزة ساكنة ويجوز تخفيفها (قوله وقال زفر بائنة) لانه وصف الطلاق بالطول كانه قال انت طالق طلقة طويلة ولو قال كذلك كان بائنا قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع فى الاماكن كلها ونفس الطلاق لا يحتمل القصر لانه ليس بجسم وقصر حكمه بكونه رجعيا درر فصريح كلامه يفيد انه اذا وصف الطلاق بالطول حقيقة يكون الواقع به بائنا عند زفر ويوافقه مافى الدر حيث قال بعد قول المتن ومن هنا الى الشأم واحدة رجعية مالم يصفها بطول أو كبر اه لكن قال الزيلعى لا يقال انه لو صرح بالطول لا يكون بائنا عنده فكيف يمكن ايقاع البائن عنده بهذا القول لانا نقول الكناية أقوى من الصريح ولان قوله الى الشأم يفيد الطول والعرض فجاز ان تقع البينونة عنده بخلاف ما اذا وصفه بالطول وجاز ان يكون له روايتان اه قال فى العناية وهذا أقرب قال العينى وقيل ان قوله الى الشأم للمرأة دون الطلاق حتى لو قال تطليقة الى الشأم يكون بائنا (قوله أو فى مكة أو فى الدار الخ) كذا الظل أو الشمس أو ثوب كذا كقوله أنت طالق مريضة أو مصلية او وانت مريضة او وانت تصلين ويصدق فى الكل ديانة لاقضاء لو قال عنيت اذا دخلت او اذا لبست او اذا مرضت ونحو ذلك فيتعلق به كقوله الى سنة او الى راس الشهر او الشتاء تنوير وشرحه (قوله اى واقعة فى الحال) لان الطلاق لا اختصاص له بالمكان لانه وصف حكمى فيعتبر بالحقيقى زيلعى اى الحقيقى مايختص بالمكان فكذا الحكمى شيخنا عن خط الزيلعى ولو ابدل ما من قوله اى الحقيقى مايختص الخ بلا النافية لكان اولى (قوله واذا دخلت مكة تعليق) وكذا فى دخولك الدار أو فى لبسك ثوب كذا او فى صلاتك او نحو ذلك لان الظرف يشبه الشرط ولو قال لدخولك او لحيضك تنجز ولو بالباء تعلق وفى حيضك وهى حائض فحتى تحيض اخرى وفى حيضتك فحتى تحيض وتطهر وفى ثلاثة ايام تنجيز وفى مجىء ثلاثة ايام تعليق بمجىء الثالث سوى يوم حلفه لان الشرط يعتبر فى المستقبل ويوم القيامة لغو وقبله تنجيز وفى طالق تطليقة حسنة فى دخولك الدار ان رفع حسنة تنجز وان نصبها تعلق وسأل الكسائى محمدا عمن قال لامرأته

فان ترفقى ياهند فالرفق أيمن * وان تخرقى ياهند فالخرق أشأم
فانت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

كم يقع فقال ان رفع ثلاثا فواحدة وان نصبها فثلاث درعن المغنى واعلم ان الاضافة ان كانت الى الموجود فانه تنجيز كقوله طالق فى الدار وان كانت الى معدوم فانه يتعلق كقوله فى دخولك بحرعن تلخيص الجامع ومقتضى القاعدة انه اذا قال لها انت طالق فى حيضك وهى حائض ان يتنجز مع ان المصرح به فى المحيط على مانقل عنه فى البحر وقدمناه عن الدر انه لا يقع الا اذا حاضت اخرى وبه يظهر ان قواعد الفقه اغلبية لا كلية وفى قوله انت طالق الى الشتاء او الى راس الشهر ونحوه خلاف زفر حيث يقع فيهما عنده فى الحال كما فى الزيلعى لان الطلاق لا يحتمل التأجيل لانه اذا وقع فى وقت يقع فى الدهر كله ولنا ان الواقع لا يحتمل الاجل فاذا جعلناه اذا داخلة على الايقاع كان عملها فى تأخير الوقوع ولم يكن لغوا

(وان نوى) من واحدة فى ثنتين (واحدة وثنتين) أى مع ثنتين (فثلاث) طلقات تقع (و) لو قال انت طالق (ثنتين فى ثنتين) تقع (ثنتان) وان نوى الضرب والحساب وعند زفر تقع الثلاث (و) لو قال انت طالق (من هنا الى الشأم) تقع (واحدة رجعية) وقال زفر بائنة (و) لو قال انت طالق (بمكة او فى مكة أو فى الدار تنجيز) اى واقعة فى الحال وهو ضد التعليق (و) لو قال انت طالق (اذا دخلت مكة تعليق)

فكأنه قال بعد شهر واستعمال كلمة مكان كلمة سائغ عند الكوفيين اه لكن قوله فاذا جعلنا اذا الخ لعله الى لعدم تقدم اذا والذي أوقعه في هذا متابعة السروجي حيث عبر باذا لانه ذكر بدل قوله انت طالق الى راس الشهر انت طالق اذا جاء راس الشهر كذا ذكره الشلبي واجاب الشيخ شاهين عن الزيلعي بانه انما عبر باذا مع عدم ذكرها اشارة منه الى انه لا فرق بين التعبير باذا أو الى في الحكم المذكور الواقع فيه الخلاف بيننا وبين زفر ويشهد لذلك عبارة السروجي المذكورة لتعبيره بكل من الى واذا وحينئذ فلا حاجة الى ان الاولى في التعليل ذكر الى بدل اذا انتهى (قوله فلا تطلق مالم تدخل مكة) لوجود حقيقة التعليق ولو قال انت طالق في دخول الدار أو في لبسك ثوب كذا يتعلق بالفعل فلا تطلق حتى تفعل لان حرف في للظرف والفعل لا يصلح ظرفا على معنى انه شاغل له فيحمل على معنى الشرط لمناسبة بين الشرط والظرف وهو ان كل واحد منهما للجمع فان المظروف يجامع الظرف ولا يوجد بدونه وكذا المشروط يجامع الشرط ولا يوجد بدونه والشرط يكون سابقا على المشروط وكذا الظرف يكون سابقا على المظروف فتقاربا فجازت الاستعارة زيلعي (خاتمة) التطليق بلغة الترك هل هو رجعي باعتبار القصد أو بائن باعتبار مدلول بوش أول لان معناه خالية أو خلية فليتظر شرنبلالية وقال شيخنا مقتضى تصريحهم بان مرادف خلية من أي لغة كان كخلية ان يكون الواقع بائنا وتقدم من صاحب الدرر عن معراج الدراية ان الوقوع بلفظه لا بقصده وهذا يعين كون الواقع به بائنا أيضا فمارادف ما يقع به البائن بائن ومارادف مايقع به الصريح صريح من أي لغة كان اه يعني ان وجد صريح الطلاق في لغة الترك لما سبق عن الحموي من ان كلام المفتاح يقتضي ان ماعدا الفارسية والعربية لا يوجد فيه صريح الطلاق

(فصل في اضافة الطلاق الى الزمان) وهو تأخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط عناية لكنه غير شامل لاضافته الى الزمن الماضي نحو أنت طالق امس وقد نكحها قبل امس مما يذكر في هذا الفصل نهر وأقره الحموي وفيه نظر لان حكم الطلاق المضاف لامس مؤخر أيضا الا ترى انه حكم بوقوع الطلاق مقتصرا لا مستندا فدعوى عدم الشمول غير مسلمة (قوله اذا قال أنت طالق الخ) كان الصواب ان يقدر ان لانه لا يجوز حذف غيرها من ادوات الشرط حموي (قوله دين في القضاء) أي صدق في القضاء (قوله وقالا لا يصدق قضاء فيهما) لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فيقع في أول جزء منه فاذا نوى البعض فقد نوى التخصيص في العام وفيه تخفيف عليه فلا يصدق وله ان كلمة في للظرف والظرف لا يقتضي الاستيعاب بل اذا أشغل جزأ منه يكفي كما يقال قعدت في المسجد ونحوه فاذا نوى البعض فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء وان كان فيه تخفيف بخلاف قوله أنت طالق غدا فانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وهو الحقيقة فاذا نوى البعض فقد نوى التخصيص في العام وهو مجاز فلا يصدق اذا كان فيه تخفيف ونظيره اذا قال لا صومن عمري او في عمري او الدهر او في الدهر بخلاف صمت يوم الجمعة او في يوم الجمعة لان الصوم لا يتجزأ في حق اليوم فاستوى فيه الحذف وعدمه زيلعي ولقائل ان يقول العام ما يتناول أفرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والآخر فهو من اجزائه لا من أفراده وحينئذ لا تكون نية آخر النهار تخصيصا والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الجزء وارادة الكل مجاز لا محالة عناية ولو قال لامرأته في وسط النهار انت طالق اول هذا اليوم وآخره فهي واحدة ولو قال آخر هذا اليوم واوله طلقت ثنتين لان الطلاق في اول اليوم يكون واقعا في آخره فلا يقع الا واحدا اما اذا بدأ بآخر اليوم يقع طلاقان لان الطلاق في آخر اليوم لا يكون واقعا في اوله وكذا لو قال انت طالق غدا واليوم يقع طلاقان ولو قال اليوم وغدا يقع واحدة ولو قال انت طالق اليوم وامس يقع طلاقان ولو قال امس واليوم يقع واحدة ولو قال انت طالق اليوم وبعد غد طلقت ثنتين في قول ابي حنيفة وابي يوسف خانية ولو قال انت طالق لا كثير ولا قليل ذكر في التجنيس والفتاوى والواقعات للحسام الشهيد أنه يقع واحدة هو المختار وفي الخلاصة لو قال انت طالق لا قليل ولا كثير يقع الثلاث هو المختار وقال الفقيه

مطلب التعليق بلغة الترك هل هو رجعي الخ

فلا تطلق مالم تدخل مكة *(فصل)* في اضافة الطلاق الى الزمان اذا قال (انت طالق غدا او في غد تطلق عند الصبح) الصادق من الغد (ونية العصر تصح في الثاني) دون الاول بان قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء واما لو قال انت طالق غدا وقال نويت آخر النهار لم يصدق في القضاء وصحت النية فيما بينه وبين الله تعالى فيهما وقالا لا يصدق قضاء فيهما (وفي) قوله انت طالق (اليوم غدا او غدا اليوم

ابو

ابوجعفر يقع الثنتان وهو الاشبه ومثله فى البزازية شيخنا (قوله يعتبر الاول) لانه حين ذكر ثبت حكمه تنجيزا اوتعليقا فلا يتغير بذكر الثانى لان المعلق لا يقبل التنجيز ولا المنجز يقبل التعليق زيلعى ولو عطف بالواو يقع فى الاول واحدة وفى الثانى ثنتان كقوله انت طالق بالليل والنهار اواول النهار وآخره وعكسه اواليوم وراس الشهر والاصل انه متى اضاف الطلاق لوقتين كائن ومستقبل بحرف عطف فان بدأ بالكائن اتحدا وبالمستقبل تعدد وفى انت طالق اليوم واذا جاء غدا وانت طالق لا بل غدا طلقت واحدة للحال وأخرى فى الغد در (قوله أنت طالق قبل أن أتزوجك الخ) وجه كونه لغوا أنه اضاف الطلاق الى وقت لم يكن مالكا له فيه فلغا كما اذا قال لها انت طالق قبل ان اخلق أو قبل أن تخلق اوطلقتك وانا صبي أونائم أومجنون وجنونه كان معهودا زيلعى بخلاف قوله انت حر قبل ان اشتريك أوأنت حر أمس وقد اشتراه اليوم فانه يعتق كما يعتق لو اقر بعتق عبد ثم اشتراه لاقراره بحريته ولو قال أنت طالق قبل موتى بشهرين أوأكثر ومات قبل مضى شهرين لم تطلق لانتفاء الشرط فان بعده طلقت لوجود الشرط ولا ميراث لها لان العدة قد تنقضى بشهرين بثلاث حيض درر عن التجريد شرح الجامع الكبير وتبعه فى التنوير وشرحه وهو ضعيف وقد ذكر فى التجريد ماهو الصحيح فى هذه المسئلة بعدورقتين وقد نبه على ذلك فى الشرنبلالية وان عدتها أبعد الاجلين ولها الميراث اه لكونه فارا وان عدتها مقتصرة على الموت لا مستندة على الصحيح انتهى ومعنى اعتدادها بابعد الاجلين انه ان مضى اربعة شهور وعشرة أيام قبل الحيض ثلاثا فلابد لانقضاء عدتها من تمام الحيض ثلاثا وان حاضت ثلاثا قبل مضى الاربعة شهور والعشرة فلابد لانقضاء العدة من تمام الاربعة شهور والعشرة ويعتبر ابتداء ذلك من وقت الموت وهذا معنى الاقتصار على الموت وعلى القول بالاستناد اذا حاضت فى الشهرين المضاف لهما الطلاق بقوله انت طالق قبل موتى بشهرين ثلاث حيض فقد انقضت عدتها لكنه ضعيف شيخنا (قوله وان نكحها قبل امس) ينظر حكم مالو نكحها امس وقال لها اليوم انت طالق امس والظاهر انه لا يكون لغوا لانه اسنده الى حالة غير منافية وهو مفهوم من قول المصنف ونكحها اليوم حموى (قوله وبعده قال انت طالق) كان الصواب تأخيره بأن يقال وان نكحها قبل امس وبعده قال أنت طالق امس وقع الآن شيخنا (قوله وقع الآن) لانه لم يسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا لكذبه وعدم قدرته على الاسناد فكان انشاء والانشاء فى الماضى انشاء فى الحال نهر خلافا لما نقله السيد الحموى عن ابن الكمال حيث نظر فى الوقوع بامكان تصحيحه اخبارا عن كونها مطلقة بتطليق غيره اه قال فى الفتح وعلى هذه النكتة أى نكتة جعل الاسناد للماضى انشاء للحال حكم بعض المتأخرين من مشايخنا فى مسئلة الدور المنقولة عن متأخرى الشافعية وهى ان طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا بوقوع الطلاق فتقع المنجزة وثنتان من المعلقة ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو طلقها ثلاثا وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف اهلية فيلغو ولو قال ان طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك ثم القول بوقوع الطلاق فى مسئلة الدور اختاره فى فتح القدير وبه جزم فى القنية لكن الاكثر على انها لا تطلق بتنجيز طلاقها لانه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلاثا ووقوع الثلاث سابقا على التنجيز يمنع المنجز والمعلق لان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال فيكون بمنزلة من اوقع فى الحال الثلاث بعد تعليقه وتنجيز الثلاث يبطل تعليقه وذكر صاحب تنوير الابصار فى شرحه انه اذا حكم بصحة الدور وعدم وقوع الطلاق حاكم لا ينفذ حكمه ويجب التفريق لانه قول ظاهر البطلان فلا يعد خلافا (فرع) قال ان لم اطلقك اليوم ثلاثا فأنت طالق ثلاثا فحيلته ان يطلقها على الف ولا تقبل فان مضى اليوم لا تطلق به يفتى خانية لان التطليق المقيد يدخل تحت المطلق در (قوله وسكت طلقت) لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حين سكت لان متى صريح فى الوقت لكونها من ظروف الزمان وأما ما فهى وان كانت مصدرية الا انها تأتى نائبة عن

يعتبر الاول) اى اول الوقتين الذين تكلم بهما فيقع فى الاول فى اليوم وصار قوله غدا لغوا وفى الثانى يقع فى الغد وصار قوله اليوم لغوا (و) قوله لامرأته (أنت طالق قبل أن أتزوجك أو أمس ونكحها اليوم لغو) فلا يقع شئ (وان نكحها قبل امس وقع الآن و) لو قال (أنت طالق (قبل ما لم أطلقك) وبعده قال أنت طالق مالم أطلقك أو متى لم أطلقك اومتى مالم أطلقك وسكت طلقت

ظرف الزمان ومنه مادمت حيا وهى وان استعملت للشرط الا ان الوضع للوقت لان التطليق استدعى
الوقت لا محالة فترجحت جهة الوقت قال الزيلعى وهذا تحكم لان الطلاق يتعلق بالشرط أيضا فينبغى
أن يكون أولى كيلا يقع بالشك قال فى النهر وهذا بعد تسليمه خرق لاجماعهم (قوله وفى قوله انت
طالق ان لم اطلقك) هذه المسئلة ومابعدها من التعليق لا الاضافة فذكرها فيه انسب نهر واجاب السيد
الحموى بأنه ذكرها هنا لقصد التميز بين حكم الاضافة والتعليق (قوله حتى يموت احدهما) لانه جعل
الشرط عدم طلاقها ولن يتحقق ذلك الا باليأس وذلك فى آخر جزء من اجزاء حياتهما فتطلق قبيل الموت
بساعة وهذا يقتضى التسوية بين موته وموتها وهو الاصح وفيه انه قد يتحقق العجز عن الطلاق بغير
الموت كما اذا قبلت ابن زوجها بشهوة حموى عن البرجندى وهذا اذا لم يكن ثمة مايدل على الفور فان
كان طلقت غير مقيد بالموت ثم الدلالة قد تكون لفظية وقد تكون معنوية فى الاول طلقنى طلقنى فقال
ان لم اطلقك فأنت كذا كان على الفور كما فى القنية ومن الثانى مالو طلب جماعها فأبت فقال ان
لم تدخلى البيت فأنت كذا فدخلته بعدما سكنت شهوته طلقت والبول لا يقطعه اى الفور وينبغى
أن يكون التطيب ونحوه وكل ما كان من دواعى الجماع كذلك وفى الصلاة خلاف نهر واعلم ان المراد
بالبول بولها لا بوله حتى لو لم تدخل الا بعدما بال فانها تطلق لانه لا يكون الا بعد سكون شهوته (قوله
وعندهما كما سكت يقع الخ) لان اذا كمتى عندهما وعنده كان لانها تستعمل للشرط لا يقال اذا ترددت
كان الاحتياط فى الوقوع تغليبا لجانب الحرمة لانا نقول ترجح بالاصل وهو انها فى عصمته بيقين فلا
تطلق بالاحتمال زيلعى (قوله وان دخل بها فلها الميراث) وان كان الطلاق ثلاثا كما هو حكم امرأة
الفار حموى وصحح فى الهداية ان موتها كموته ولا يرد عليه مالو قال ان لم ادخل الدار فأنت طالق حيث
يقع بموته لا بموتها لانه يمكنه الدخول بعد موتها فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع الطلاق اما الطلاق فانه
يتحقق اليأس عنه بموتها لعدم المحلية واذا حكمنا بوقوعه قبيل موتها لا يرث منها الزوج لانها بانت قبل
الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت وانما حكمنا بالبينونة وان كان المعلق صريحا لانتفاء العدة
كغير المدخول بها لان الغرض ان الوقوع بالموت وان كان قبيله وقد ظهر ان عدم ارثه منها مطلق سواء
كان مدخولا بها اولا ثلاثا أو واحدة وبه تبين ان تقييد الزيلعى عدمه بعدم الدخول أو الثلاث غير صحيح
والحاصل ان ارثها منه مشروط بالدخول واما هو فلا يرث منها مطلقا مدخولا بها أولا وما فى الزيلعى
سهو بحر ونهر (قوله واما اذا نوى الشرط يقع فى آخر العمر) تعقبه الكمال بأنه يجب على قولهما اذا
أراد باذا معنى ان أن لا يصدقه القاضى حينئذ اذ ارادة الشرط خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه (قوله اذا
قال ذلك موصولا) فلو فصله طلقت ثنتين بالاتفاق (قوله وهو قول زفر) لانه اضاف الطلاق الى
زمان خال عن التطليق وقد وجد ذلك وان كان قليلا وهو زمان اشتغاله بالطلاق قبل ان يفرغ منه وجه
الاستحسان ان زمان البر غير داخل فى اليمين وهو المقصود به ولا يمكن تحقيقه الا باخراج ذلك القدر عن
اليمين واصل الخلاف فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه زيلعى لا يحنث اذا نزعه للحال عقب اليمين
عندهم وحنث عند زفر شيخنا (قوله بخلاف الامر باليد) والفرق ان مظروف اليوم ان كان مما لا يمتد
أى لا يصح ضرب المدة له كالطلاق والعتاق والتزويج والدخول والقدوم يراد باليوم معناه المجازى
اعنى مطلق الوقت ومنه وآتوا حقه يوم حصاده وقال تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والتولى عن الزحف
حرام مطلقا وان كان مما يمتد أى يصح ضرب المدة له كالسير والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق
يراد به المعنى الحقيقى وهو بياض النهار نهر وذكر البرجندى ان اليوم يطلق على معنيين احدهما
النهار وهو من طلوع الصبح الصادق الى غروب جرم الشمس شرعا ومن طلوع جرم الشمس الى غروبه عرفا
وهو معناه الحقيقى وثانيهما مطلق الوقت وهو معناه المجازى واذا اطلق اليوم يتبادر منه المعنى الاول
والنهار زمان ممتد لا محالة واما مطلق الوقت فيشمل الآن أى القطعة من الزمن الذى لا امتداد له أصلا

(وفى) قوله أنت طالق (ان لم اطلقك أو اذا لم أطلقك أو اذا مالم أطلقك لم تطلق حتى يموت أحدهما) عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما كما سكت يقع فى اذا ثم اذا مات الزوج يقع الطلاق عليها قبيل موته بساعة فان لم يدخل بها فلا ميراث لها وان دخل بها فلها الميراث وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية أما اذا نوى الوقت فيقع فى الحال ولو نوى الشرط يقع فى آخر العمر (و) لو قال (أنت طالق مالم اطلقك أنت طالق طلقت هذه الطلقة) أى الطلقة الثانية بقوله أنت طالق اذا قال ذلك موصولا به والقياس أن يقع المضاف فيقعان ان كانت موطوءة وهو قول زفر (و) لو قال (أنت كذا) أى طالق (يوم أتزوجك فنكحها ليلا حنث) وطلقت (بخلاف الامر باليد) بأن قال أمرك بيدك يوم يقدم

جوى وقيل ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس ليس من اليوم ولا من النهار ولا من الليل زيلعى (قوله فقدم نهارا ولم تعلم الخ) عدل عما هو الظاهر من قوله فقدم ليلا ليعلم الحكم فيه بالاولى ولو عبر به لم يعلم حكم ما لو قدم نهارا ولم تعلم حتى خرج اليوم (قوله وقال الشافعى يقع الطلاق اذا نوى) لانه شرع لازالة النكاح وهو قائم بهما جميعا وبه قال مالك واحمد ولنا انه شرع لازالة القيد والقيد عليها الا عليه عينى وعلى هذا الخلاف اذا ملكها الطلاق فطلقته والحجة عليه ما ورد عن ابن عباس فى امرأة جعل زوجها أمرها بيدها فى الطلاق الثلاث فقالت انت طالق ثلاثا فقال ابن عباس خطأ الله نوءها لو قالت انا طالق ثلاثا لكان كما قالت زيلعى وخطأ الله نوءها يعنى جعل الله نوءها مخطئا لها لا يصيبها مطره يقال لمن طلب حاجة فلم ينجح اخطأ نوءك كما فى نهاية ابن الاثير والنوء اسم نجم فى السماء تعتقده العرب شيخنا (قوله ونوى الطلاق الخ) وأما ما سيأتى آخر الظهار من ان الحرام لا يحتاج الى نية فذلك اذا أضاف الحرمة اليها جوى ولو قال أنا بائن ولم يقل منك أو حرام ولم يقل عليك لم تطلق وان نوى بحر بخلاف ما اذا قال أنت بائن أو حرام ولم يزد حيث تطلق اذا نوى زيلعى وقوله اذا نوى فيه نظر لانه بعكس عليه ما ذكره هو حيث قال والفرق ان البينونة أو الحرام اذا كان مضافا اليها تعين لازالة ما بينهما من الوصلة والحل فهذا يقتضى عدم توقف الوقوع على النية لوجود الاضافة اليها وبه صرح الحموى حيث قال اذا أضاف الحرمة اليها لا يحتاج الى نية اه بخلاف الاضافة اليه حيث لا يتعين لجواز أن يكون له امرأة أخرى فيريدها بقوله انا بائن منها أو حرام عليها ومنه تعلم ما وقع فى العينى من الخلل حيث قال ولو قال انا بائن أو حرام ولم يزد عليه تطلق اذا نوى لاحتمال ان يكون له امرأة أخرى فيريدها بذلك انتهى فصواب قوله تطلق اذا نوى لا تطلق وان نوى (قوله أنت طالق واحدة أولا الخ) اما انه يلغو فى الاولى فلان الشك داخل فى الايقاع وأما فى الثانية والثالثة فلانه اضافه الى حالة منافية له لان موته ينافى الاهلية وموتها ينافى المحلية قال ابن الكمال وفيه نظر لان المقارن لموته وقوع الطلاق وفيه جوزوا تأخيره عن الايقاع فيجوز أن يكون الايقاع فى آخر جزء من حياته ويكون الوقوع عند موته جوى (قوله يقع واحدة رجعية) لانه ادخل الشك فى الواحدة فبقى قوله انت طالق سالما عن الشك ولهذا ان الوصف متى قرن بالمصدر أو نعته كان الوقوع به لا بالوصف فكان الشك داخلا فى الايقاع زيلعى (قوله ولو ملكها الخ) ينبغى تقييد الملك بالمستقر كيلا يرد ما فى وكالة الاقطع لو تزوج امة ثم تزوج حرة على رقبة الامة بأن جعل رقبة الامة مهرا للحرة وأجاز ذلك مولاها فانه يجوز وتصير الامة مهر الحرة ولا ينفسخ النكاح بينها وبين الزوج وان كان الملك ينتقل الى الزوج أولا ثم ينتقل منه الى الحرة لان انتقاله غير مستقر اه وكذا ينبغى تقييده بالحر ليخرج المكاتب والمدبر والمأذون كما فى الخانية والجوهرة كذا ذكره الشيخ يحيى الشهاوى واقول هذا غير وارد على كلام المصنف اما عدم ورود ملك المكاتب ونحوه فلانه لا ملك لهم حقيقة وانما لهم حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح كما ذكره الزيلعى واما عدم ورود الاول فلان الملك متى اطلق انصرف الى حقيقته الكاملة أعنى ما يكون مستقرا فلا يرد ما لو تزوج حرة على رقبة زوجته الامة لكون الملك غير مستقر ثم التقييد بالحرة فى كلام الاقطع اتفاقى حتى لو تزوج أمة على رقبة زوجته الامة كان الحكم كذلك بأن كان تحته أمة ثم تزوج أمة على رقبة زوجته الامة وأجاز المولى ذلك حتى صارت ملكا لسيد الامة الثانية لا ينفسخ النكاح أيضا وان كان الملك يثبت للزوج أولا لعدم استقراره (تنبيه) اذا ملك الرجل زوجته بعد ما ولدت منه بطل النكاح وصارت أم ولد له فلا يجوز بيعها وتعتق بموته بخلاف المرأة اذا ملكت زوجها بعد ما ولدت منه فانه يجوز لها بيعه ولا يعتق بموتها حموى عن شرح ابن الشلبى معزيا للزيلعى أول الاستيلاد (قوله أو شقصها) بكسر الشين حموى (قوله بطل العقد) أى انفسخ للمنافاة بين الملكين اما فى ملكها اياه فلان اثبات الملك على الحرة للحاجة الى ابقاء النسل فكان ملك النكاح فى الاصل مع المنافى وهى حرية المملوكة

فلان فقدم نهارا ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها (و) قوله (أنا منك طالق لغو) فلا يقع شئ (وان نوى) الطلاق وقال الشافعى يقع الطلاق اذا نوى (وتبين فى البائن والحرام) أى لو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق يقع الطلاق قيدنا بها لانه اذا لم تكن له نية لا يقع شئ (و) قوله (أنت طالق) طالقة واحدة أولا أو مع موتى أو مع موتك لغو) فلا يقع شئ وقال محمد وهو قول أبى يوسف أولا تقع واحدة رجعية فى الصورة الاولى (ولو ملكها) كلها (أو شقصها) أى بعضها (أو ملكته أو شقصه بطل العقد فلو اشتراها) أى لو اشترى الزوج منكوحته (وطلقها

للضرورة وقداندفعت بقيام ملك اليمين وأما فى ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية لا يقال الحل لا يثبت بالشقص لانا نقول ملك اليمين دليل الحل فقام مقام الحل تيسيرا زيلعى (قوله لم يقع) لوقال لا يقع لكان أولى لان المقصود نفى وقوع الطلاق فى المستقبل لا فيما مضى والنفى بلم لا يفيد ذلك حموى وجه عدم الوقوع ان الطلاق فرع قيام النكاح ولا وجود له مع المنافى لا من وجه ولا من كل وجه ولوقال فلوطلقها تفريعا على مالوملكها وملكته لكان اولى لانه لافرق فى ظاهر الرواية عن الثلاثة بينهما نهر وقوله ولا وجود له مع المنافى لا من وجه فيما اذا ملك شقصها ولا من كل وجه فيما اذا ملكها كلها شيخنا (قوله وتجب العدة اتفاقا) اذا أراد تزوجها حتى لوتزوجها قبل العدة الاصح انه لا يجوز فعلم بهذا انها لا تجب العدة عليها فى حق من اشتراها وفى غيره روايتان كذا فى الكافى وعن هذا قلنا لواعتقها بعدما ملكها ثم طلقها وهى فى العدة وقع لزوال المانع وهو ملكها نهر (قوله وعن محمد انه يقع) لان العدة واجبة هنا وقيام العقد من وجه يكفى لوقوع الطلاق عليها بخلاف ما اذا ملكها هو لانه لا عدة عليها هنالك حتى حل وطؤها قلنا العدة واجبة هنا اذا يضا حتى لا يجوز له أن يزوجها من غيره حتى تنقضى عدتها ولواعتقها ظهرت العدة وانما لم تظهر بالنسبة اليه لحل وطئها له بملك اليمين فتبين ان هذا الفرق غير صحيح عينى ومنه تعلم ما فى كلام الشارح من الايهام ولهذا قال الحموى ظاهر قوله وعن محمد الخ انه يقع فى صورة ما اذا اشتراها وليس كذلك بل فى صورة ما اذا ملكته كما فى الزيلعى (قوله له الرجعة) لانه علق التطليق بالاعتاق غير انه عبر عنه بالعتق مجازا من استعارة الحكم للعلة والمعلق يوجد بعد الشرط فتطلق وهى حرة لان الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود والحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة وما فى الهداية من انه علقه بالعتق أيضا الا ان لفظ العتق ينتظمهما فمشكل لانه لازم وانما يعمل فى المفعول اعنى لفظ اياك المتعدى كذا فى كافى المصنف وهو مبنى على انه مصدر وجوابه ان عمله فيه على اعتبار كونه اسم مصدر كاعجبنى كلام زيدا وعبارة الوقاية مع عتق سيدك لك قال بعض المتأخرين انما قال لك دون اياك كيلا يتعين المعنى المجازى للعتق وهو الاعتاق فان المراد تصوير المسئلة على وجه ينتظم المعنيين لعدم الفرق فى الجواب واقول فيه نظر لان العتق حيث اضيف الى السيد تعين ان يكون بمعنى الاعتاق لانه هو الموجد له واما العتق فوصف قائم بالمعتق بفتح التاء لا تصح اضافته الى السيد نعم مع عتقك يصح ان يكون بمعنى اعتاقك فيكون مضافا الى مفعوله وان يبقى على بابه فيكون مضافا الى فاعله ليشمل مالو اشترى من يعتق عليه حيث يقع الطلاق ويملك الرجعة ولو عبر وابه لكان اولى نهر وقوله لانه علق التطليق بالاعتاق فيه انه لا تعليق فى هذه المسئلة وقوله ينتظم المعنيين اى على طريق البدل لا الشمول لاستحالة اجتماع الحقيقة والمجاز مرادين كذا يستفاد من شرح ابن الحلبى وقوله وان يبقى على بابه فيكون مضافا الى فاعله يعنى وعليه فالمعنى مع اتصافك بالعتق او قيام العتق بك كعتق زيد اى قام به العتق وقوله ولو عبروا به لكان أولى فيه نظر فان الكاف لا تكون فى محل رفع حتى يكون العتق مضافا لفاعله فهو فى هذه بمعنى الاعتاق لا غير والكاف مفعول وحينئذ فهو مساو لعبارتهم المذكورة ولا اولوية كما هو ظاهر فتأمل وجه التأمل أن قول النحاة الكاف لا تكون فى محل رفع يعنى فقط اما هنا فليست فى محل رفع فقط بل فى محل جر بالاضافة ومحل رفع بالفاعلية حموى ومنه يعلم سقوط ما اعترض به بعضهم عليه فان قلت كلمة مع للقران فكيف يتصور هذا اى كون الزوج مطلقا وهى حرة قلت قد تجئ للتأخير كما فى قوله تعالى ان مع العسر يسرا اى بعده عينى وعبارة السيد الحموى ومع هنا للتأخير تنزيلا له منزلة المقارن لتحقق وقوعه لا للمقارنة كما هو الاستعمال الكثير الشائع فسقط ما قيل ان كلمة مع للقران فيكون منافيا لمعنى الشرط اه فان قيل على ماذكرتم ينبغى ان يصح قوله لاجنبية انت طالق مع نكاحك على معنى ان تزوجتك والحكم انه لا يصح ولا يقع الطلاق اذا تزوجها قلنا انما تركنا الحقيقة فيما نحن فيه باعتبار ان الزوج مالك للطلاق تنجيزا وتعليقا وتصرفه نافذ فلزم

لم يقع شئ) دخل بها أو لم يدخل بها وتجب العدة اتفاقا وعن محمد انه يقع (و) لو قال لامرأته وهى أمة غيره (أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتق) المولى (له الرجعة

من صحته تعلقه بها واما الاجنبي فلا يملك الطلاق تنجيزا ولا تعليقا ولكن يملك اليمين فان صح التركيب بذكر حروفه بان قال ان تزوجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين زيلعي (قوله ولو تعلق عتقها وطلقتاها بمجيء الغد) بأن قال لها مولاها اذا جاء غد فأنت حرة وقال زوجها اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين (قوله لا يكون له الرجعة عندهما) لانهما تعلقا بشرط واحد ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلقتان فتحرم بهما حرمة غليظة لان زمان ثبوت العتق هو زمان ثبوت الطلاق ضرورة تعلقهما بشرط واحد زيلعي (قوله وعند محمد له الرجعة) لان العتق اسرع وقوعا لكونه رجوعا الى الحالة الاصلية وهو أمر مستحسن بخلاف الطلاق فانه أبغض المباحات درر وايضاحه ان العتق والطلاق وان كانا يقترنان مع علتهما ويتعاقبان على اختلاف المذهبين لكن حكم التطليقتين يتأخر عن حكم الاعتاق في الوجود لكون الطلاق محظورا والاعتاق مندوبا اليه شرعا كما في البيع اذا كان صحيحا يفيد الحكم وهو الملك للحال وان كان فاسدا يتأخر الى وجود القبض لكونه محظورا لكن هذا التوجيه خلاف ما هو المعتمد والحاصل أن لتخريج قول محمد خمسة أوجه ذكرها الزيلعي منها الوجه الرابع قال وهو معتمده هو أنهما لما تعلقا بشرط واحد وجب ان تطلق زمن نزول الحرية فصادفها وهي حرة لاقترانهما وجودا فلا تحرم بهما حرمة غليظة اه ولما كان هذا هو المعتمد اقتصر عليه في النهر وقول الزيلعي على اختلاف المذهبين يشير الى ما أصله من ان العلة والمعلول يقترنان عند الجمهور كالاستطاعة مع الفعل وعند البعض يتعاقبان لان العلل الشرعية لها بقاء لانها في حكم الاعيان والاصل تقدم المؤثر على الاثر فامكن ذلك فيها فيه اراد به فيها بخلاف الاستطاعة مع الفعل لانها عرض فلو تقدمت كان الفعل بلا استطاعة وهو محال وقوله لان العلل الشرعية الخ يشير الى ما في النهر عن المولى سعد الدين من ان الخلاف في العلل الشرعية ونصه وافاد المولى سعد الدين انه لا نزاع في تقدم العلة على المعلول بمعنى احتياجه اليها ولا في مقارنة العلة العقلية لمعلولها بالزمان كيلا يلزم التخلف والخلاف في العلل الشرعية اه وقوله ولا في مقارنة العلة العقلية لمعلولها بالزمان كتحريك الخاتم بتحريك الاصبع شيخنا واعلم ان ماذكره سعد الدين من قصر الخلاف على العلل الشرعية مخالف لما نقله في النهر ايضا عن الفتح حيث قال والذي نختاره التعقيب في العلل الشرعية والعقلية حتى ان الانكسار يعقب الكسر في الخارج الخ (قوله وعدتها ثلاث حيض بالاتفاق) للاحتياط ولو كان الزوج مريضا ترث منه لانه حين تكلم بالطلاق لم يقصد الفرار اذ لم يكن لها حق في ماله وما في النهر وتبعه الحموي من قوله ومقتضى ما مر عن محمد أن ترث فيه نظر ظاهر اذ وقوع الطلاق وان كان يتأخر عن زمن وقوع العتق عند محمد للمعنى الذي قدمناه لكن لم تكن لها اهلية الارث وقت التكلم بالطلاق فلم يوجد شرط ارثها منه وهو قصد الفرار ولهذا والله اعلم لم يتابعه عليه في الدر اللهم الا ان يحمل على ما اذا وجد تعليق الزوج الطلاق في مرضه بعد علمه بحصول تعليق المولى حريتها على مجيء الغد فيتجه ما ذكره حينئذ فتأمل (قوله بثلاث اصابع) جمع اصبع مثلث الهمزة والباء والعاشرة أصبوع كعصفور الا ان المشهور منها كسر الهمزة وفتح الباء نهر والاصبع مؤنثة وكذا سائر اسمائها كالخنصر والبنصر كذا في المصباح وفي كلام ابن فارس ما يدل على تذكير الاصبع وقال الصيرفي يذكر ويؤنث والغالب التأنيث بحر (قوله فهي ثلاث) لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد عرفا وشرعا اذا اقترنت بالاسم المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا واشار باصابعه العشرة يعني ثلاثين يوما ثم قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس ابهامه في الثالثة يعني تسعة وعشرين يوما ولو اشار بالواحدة طلقت واحدة ولو اشار بالثنتين طلقت ثنتين والاشارة تقع بالمنشورة منها دون المضمومة وما في الدرر من انه اذا اشار ببطن الاصبع فالعبرة لعدد المنشورة وان بظهره فلعدد المضمومة ضعيف والمعتبر المنشور مطلقا للعرف والسنة وتعتبر بانه شرنبلالية عن التبيين وغيره بيانه انه عليه السلام لما خنس ابهامه في المرة الثالثة فهم منه تسعة وعشرون يوما ولو اعتبرت المضمومة لكان المفهوم احدا وعشرين يوما

ولو علق عتقها وطلقتاها بمجيء الغد فجاء الغد لا يكون له الرجعة عندهما وعند محمد له الرجعة (وعدتها ثلاث حيض) بالاجماع ولو قال (أنت طالق هكذا وأشار بثلاث أصابع فهي ثلاث) طلقات وانما فيه بهكذا لانه اذا أشار باصابعه

كذا بخط الشلبي وفيه نظر لان استدلاله بالحديث انما يتم ان لو وقعت الاشارة منه عليه السلام بظهر اصابعه ومن هذا والله اعلم جرى فى التنوير على مافى الدرر وأقره فى الدر معللا بالعرف قال ولو كان رؤسها نحو المخاطب فان نشر عن ضم فالعبرة للنشر وان ضم عن نشر فالضم اهـ ابن الكمال (قوله ولم يقل هكذا فهى واحدة) لان الاشارة تفسير للعدد المبهم ولم يوجد فلغت فيكون العامل فيه قوله أنت طالق وهو لا يحتمل العدد زيلعى ومقتضاه وقوع الواحدة وان نوى الثلاث وهو كذلك والمعتمد فى الاشارة بالكف نشر كل الاصابع ونقل القهستانى انه يصدق قضاء بنية الاشارة بالكف وهى واحدة (قوله ولو قال أنت طالق بائن أو البتة) شروع فى بيان وقوع البائن بوصف الطلاق بما ينبئ عن الشدة والزيادة والبت مصدر بت أمره اذا قطع به وجزم نهر ولو نوى بطالق واحدة وبنحو بائن أخرى يقع ثنتان بائنتان ولو عطف فقال وبائن أو ثم بائن ولم ينو شيئا فرجعية ولو بالفاء فبائنة در عن الذخيرة (قوله أفحش الطلاق) اراد به كل وصف على أفعل مراد به أصله كاخبثه أو أسوئه أو اشره أو أخشنه أو أطوله أو اعظمه أو أكبره بالموحدة لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة فى الحال ولو قال أجمل الطلاق أو احسنه أو اكمله أو اعدله وقعت رجعية الا ان ينوى ثلاثا نهر وقوله أو أكبره بالموحدة يحترز به عما لو قال أكثره بالمثناة من فوق فانه يقع به الثلاث ولا يدين فى ارادة الواحدة كما لو قال أكثر الطلاق أو أنت طالق مرارا تنوير وشرحه فان قيل ينبغى ان يقع بهذه الالفاظ ثلاث من غير نية لان أفعل للتفضيل وبقوله شديدة ونحوه يقع واحدة فوجب ان يزيد على ذلك أجيب بان أفعل يراد به الوصف قال تعالى وهو أهون عليه أى هين وقال تعالى وبعولتهن أحق بردهن أى حقيق فلا يحمل على الثلاث بالاحتمال والاعتبار للظاهر نوح أفندى (قوله أو كالف) أى فى القوة والحاصل ان الوصف بما ينبئ عن الزيادة يوجب البينونة وكذا التشبيه أى شئ كان المشبه به كراس ابرة وكحبة خردل وكسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة واشترط أبو يوسف ذكر العظم مطلقا وزفر أن يكون عظيما عند الناس فبراس ابرة بائن عند الامام فقط بحر وفيه كلام يعلم بمراجعة النهر (قوله ان لم ينو ثلاثا) لما مر انها تمام الجنس فيحتملها اللفظ فيحمل عليها بالنية درر واعلم ان هذه الجملة أعنى قوله ان لم ينو ثلاثا شرطية لا تحتاج الى جواب وهى فى موضع الحال والتقدير فهى واحدة بائنة فى حال عدم نية الثلاث وهذا فى الحرة وفى الامة الثنتان بمنزلة الثلاث حموى (قوله وقال الشافعى ان دخل الخ) أى وكان بغير بدل لانها حكم الطلاق بعد الدخول فلا يملك تبديله كما اذا قال لها أنت طالق على ان لا رجعة لى عليك ولنا انه وصف الطلاق بما يحتمله لفظه وهو البينونة الا ترى ان البينونة تثبت للحال قبل الدخول وبعده عند ذكر المال أو بعد انقضاء العدة لان الطلاق فى الاصل هو الموجب للبينونة لانه شرع لرفع النكاح وقطعه ولا تأثير لمضى المدة فيها لكن الشرع ورد بالتأخير الى انقضاء العدة فى صريح الطلاق اذا لم يكن موصوفا بالبينونة فبقى ما وراءه على أصل القياس زيلعى (قوله لا يكون بائنا الا بالنية) لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع فى حالة الحيض فلابد من النية وكذا عن محمد يكون رجعيا أيضا فى طلاق الشيطان وأما أبو يوسف فليس له اختلاف رواية فى طلاق الشيطان كما يستفاد من كلام الزيلعى ونصه وعن أبى يوسف انه اذا قال طلاق البدعة لا يكون بائنا الا بالنية وعن محمد انه اذا قال طلاق البدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا لما ذكرنا لابى يوسف انتهى فما زيد على كلام الشارح من قول بعضهم ومثله طلاق الشيطان يوهم ان المثلية بالنسبة للرواية التى حكاها الشارح عن أبى يوسف ومحمد وليس كذلك (قوله وقال أبو يوسف الخ) وكذا مثل الجبل لانه شئ واحد فكان تشبيها له فى توحده زيلعى (قوله يقع الثلاث عند عدم النية) لانه عدد فيراد به التشبيه فى العدد ظاهرا فصار كقوله كعدد ألف وعن محمد انه لو قال أنت طالق كالنجوم يقع واحدة وكعدد النجوم ثلاث والفرق ان الالف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة بخلاف النجوم لانه يحتمل التشبيه فى الضياء والنور زيلعى (فروع) كل التطليقة واحدة وكل تطليقة ثلاث وعدد التراب واحده

ولم يقل هكذا فهى واحدة (و) لو قال
(أنت طالق بائن او) قال انت طالق
(البتة او) قال انت طالق (افحش
الطلاق او طلاق الشيطان او) قال
انت طالق طلاق) البدعة او كالجبل
انت طالق او كالف او ملء البيت
او اشد الطلاق او طويلة او عريضة
او تطليقة شديدة (ان لم ينو ثلاثا) مطلقا
فهى واحدة بائنة ان لم ينو وسواء نوى
سواء دخل بها او لم يدخل وقال الشافعى ان دخل
بها تقع واحدة رجعية فى الفصول كلها
مادونه او لم ينو وعن محمد فى قوله طلاق الشيطان يكون
رجعيا ولا تثبت البينونة الا بالنية وعن
أبى يوسف ومحمد فى قوله انت طالق طلاق
البدعة لا يكون بائنا الا بالنية وقال
أبو يوسف فى قوله طالق كالجبل يكون
رجعيا وعن محمد فى قوله كالف انه
يقع الثلاث عند عدم النية وعن أبى
يوسف فى قوله طويلة أو عريضة تقع
رجعية

وعددالرمل ثلاث وعدد شعرابليس أوعدد شعر بطن كفي واحدة وعدد شعر ظهر كفي أوساقك أوساقي أوفرجك أوعددمافي هذا الحوض من السمك وقع بعدده ان وجدوالا لا در ومقتضاه عدم الوقوع حتى في مسئلة الحوض ان لم يوجد فيه سمك وليس كذلك بل يقع واحدة كما في البحر والنهر (قوله وان نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته) الافي شديدة أوطويلة أوعريضة ففي هذه الثلاث لا تصح نيتها لعدم احتمال اللفظ لها فتح ونهر عن السرخسي قال وهو الصحيح وعلله العلامة نوح أفندي بانه نص على التطليقة وانها تتناول الواحدة لان النية انما تصح في المحتمل والتاء موضوعة للوحدة فلا تحتمل نية الثلاث اه بتصرف (فروع) علم انه حلف ولم يدر بطلاق او غيره لغا كما وشك أطلق أم لا ولوشك أطلق واحدة أو أكثر بنى على الاقل وفي الدر عن الجوهرة طلق المنكوحة فاسدا ثلاثاله تزوجها بلا محلل ولم يحك خلافا وقد كنت استشكلت البناء على الاقل لانه مخالف لمقتضى قولهم ان الفروج يحتاط فيها وكذا استشكلت عدم تقييد المسئلة بالتحري ثم رأيت بخط السيد الحموي عن فتاوى قاضيخان مانصه رجل حلف بطلاق وحنث في يمينه ولا يدري انه حلف بواحدة او ثلاث قال ابو يوسف يتحرى في ذلك و يعمل بما وقع عليه التحري واذا استوى ظنه يؤخذ بالاكثر احتياطا انتهى (تتمة) قال لزوجته وأجنبية احداكما طالق فالقول له مع يمينه انه لم يرد امرأته لان قوله انت طالق اخبار عن كونها فارغة خالية عن قيده بالنكاح حقيقة وهو صادق في هذا الاخبار لان الاجنبية خارجة عن قيده فلا ضرورة الى جعله ايقاعا بخلاف مالو قال طلقت احداكما حيث يقع على امرأته لانه ايقاع ظاهر شرح ابن الحلبي عن المحيط وفي الحسامية رجل له أربع نسوة فقال انت ثم أنت ثم أنت ثم أنت طالق طلقت الرابعة لاغير اه قال الحموي وينبغي أن يفصل بين نية الخبر في السابق وعدمه اه

(فصل) في الطلاق قبل الدخول (قوله طلق غير الموطوءة الخ) أراد بالوطء المنفي مايعم الحقيقي والحكمي شيخنا وسيأتي مايوضحه (قوله وقعن) لان قوله أنت طالق ثلاثا ايقاع لمصدر محذوف تقديره طلاقا ثلاثا فيقعن جملة وليس قوله أنت طالق ايقاعا على حدة كذا في الاختيار اقول بظهر به ان ماتقل عن المشكلات انه ان طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول لا يقع لان الآية نزلت في حق الموطوءة باطل محض منشأه الغفلة عن القاعدة المقررة في الاصول من أن خصوص سبب النزول غير معتبر عندنا خلافا للشافعي درر ثم المراد بالآية قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره (قوله وعند الحسن البصري الخ) خلاف ماعليه الجمهور كعلي وابن مسعود على ان الامام محمدا قال وبلغنا ذلك يعني وقوع الثلاث عنه عليه السلام ووجه مذهب الحسن انها تبين بقوله أنت طالق لا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهي أجنبية ولنا انه متى ذكر العدد كان الوقوع بالعدد (قوله وان فرق الخ) ومن التفريق مافي الظهيرية انت طالق ثلاثا متفرقات وبهذا التقرير ظهران عطف قوله وان فرق على ماقبله من عطف المباين لامن عطف الخاص على العام كما ذكره صاحب النهر حموي ثم اعلم ان اطلاق قوله وان فرق الخ صادق بما اذا كان بغير حرف عطف لكن رأيت بخط السيد الحموي مانصه ذكر في الذخيرة نقلا عن الفضلي انه لو قال بغير حرف يقع الثلاث وان لم ينو العطف يقع واحدة ومن ثم قيد صدر الشريعة في النقاية بالعطف وفي الفتاوى الظهيرية متى كرر لفظ الطلاق بحرف الواو وبغير حرف الواو يتعدد الطلاق في المدخول بها وان عنى بالثاني الاول صدق ديانة لاقضاء كذا يستفاد من شرح البرجندي اه فلا يكون ماسيأتي من قوله بانت بواحدة على عمومه بل يحمل على مااذا كان بحرف العطف أوكان بدون حرف العطف ونوى العطف اذ ماسبق عن الفضلي من انه لو قال بغير حرف يقع الثلاث معناه ان نوى العطف بدليل قوله وان لم ينو العطف يقع واحدة فتدبر (قوله بأن قال أنت طالق ثلاث مرات) في التصوير قصور حموي وجه القصور ان التعبير بباء التصوير يقتضي ان تفريق الطلاق منحصر فيما استفيد من قوله بأن قال انت طالق ثلاث مرات وهو وأنت طالق طالق طالق أو أنت طالق أنت طالق أنت طالق لان ثلاث مرات يجوز أن يعتبر قيدا

قوله ففي هذه الثلاث لا تصح نيتها قال في رد المحتار قلت والمتون على خلافه واجاب عن مانقله المحشي من التوجيه لهذا الاستثناء فراجعه اه مصححه

وان نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته (فصل) في الطلاق قبل الدخول (طلق غير الموطوءة) بان قال انت طالق ثلاثا وقعن) وعن الحسن البصري تقع واحدة الا اذا قال اوقعت عليك ثلاث تطليقات (وان فرق) الطلاق بان قال انت طالق ثلاث مرات

قوله قال أبو يوسف يتحرى الخ اقتصر عليه قاضيخان اه ما قلت ويمكن حمل القول بالبناء على الاقل على القضاء والقول بالبناء على الاكثر على الديانة كذا في رد المحتار ثم ذكر مايؤيد ذلك فراجعه اه مصححه

مطلب فيمن قال لامرأته أنت طالق واحدة وعشرين

(بانت) المرأة (بواحدة) وهى الاولى ولم تقع الثانية والثالثة (ولو ماتت) المرأة (بعد الايقاع) أى بعد قوله انت طالق (قبل العدد) وهو ثلاث او ثنتان أو واحدة (لغا) اى الايقاع وهذه المسئلة تقرر أن الطلاق اذا قرن بالعدد يكون الوقوع بالعدد فلا يقع طلقة واحدة على غير المدخول بها بقوله انت طالق اذا قرن بالثلاث ولا يلغو ذكر الثلاث كما قال الحسن ولهذا أورد هذه المسئلة فى هذا الفصل والا لا اختصاص لها بغير المدخول بها (ولو قال انت طالق واحدة و واحدة او) قال انت طالق واحدة (قبل واحدة او) قال انت طالق واحدة (بعدها واحدة تقع واحدة) وعند مالك تقع ثنتان فى الاولى وضابطه فى هذا الفارسى قبل بى ها وبعد باها اندر احكام يك طلاق بدان (وفى) قوله انت طالق واحدة (بعد واحدة او) انت طالق (واحدة قبلها واحدة او) قال انت طالق واحدة (مع واحدة (او معها واحدة) يقع (ثنتان)

قوله فى هذا الفارسى الخ تعريبه على ما رأيته بهامش نسختى الشارح قوله قبل بى ها اى معناه ذيرأى لفظ قبل من غيرها وقوله بعد با أى مع أى بعدمع الهاء وقوله اندر احكام أى فى الاحكام وقوله يك طلاق أى واحدة وقوله بدان معناه اعلم أى بعد مع الهاء وقبل من غيرها حكمهما واحد وهو وقوع طلقة واحدة فاعلم ذلك ولم يتكلم الحواشى على تعريب هذه الكلمات وقد علمته اهـ كتبه مصححه

فى كل من المبتدا او الخبر أو الخبر وحده وليس كذلك لان منه ما ذكره العينى وهو ما لو قال لها انت طالق واحدة و واحدة وواحدة (قوله بانت بواحدة) كما لو قال نصفا و واحدة على الصحيح در عن الجوهرة ثم عند أبى يوسف تبين بالاولى قبل الفراغ من الكلام الثانى ومحمد يعتبر الفراغ منه ورجح السرخسى فى اصوله قول أبى يوسف وفائدة الخلاف تظهر فيمن مات قبل الفراغ فعند أبى يوسف يقع خلافا لمحمد لجواز أن يلحق بآخره شرطا أو استثناء وهذا الخلاف انما يتحقق عند العطف بالواو لا بدونه نهر (قوله ولم تقع الثانية والثالثة) فيما اذا لم يكن وطئها اما من خلا بها خلوة صحيحة فلا تملك عليها الرجعة واختلفت الرواية هل يلحقها آخر أولا والمختار وقوع طلاق بائن آخر فى هذه العدة وقد مر شيخنا واعلم ان وجه عدم وقوع الثانية والثالثة انها بانت بالاولى لا الى عدة فلا يقع ما بعدها قيد بغير المدخول بها لان المدخول بها يقع عليها الكل وبالتفريق لانه لو جمع وقع الكل ومنه أنت طالق واحدة وعشرين فيقع الثلاث ولو قال واحدة ونصفا وقع ثنتان ولو قال نصفا و واحدة وقعت واحدة ولو قال واحدة وعشرا وقعت واحدة بخلاف احد عشر حيث يقع الثلاث لعدم العطف وكذا لو قال واحدة ومائة أو واحدة والفا او واحدة وعشرين تقع واحدة وجزم الزيلعى بالثلاث فى واحدة وعشرين يومئ الى ترجيحه نهر ولهذا قال فى الدر ولو قال واحدة وعشرين او وثلاثين فثلاث (قوله ولو ماتت المرأة الخ) مدخولا بها أو غير مدخول بها كما فى البحر وسيأتى التصريح به فى كلام الشارح وهو قوله ولهذا أورد هذه المسئلة فى هذا الفصل الخ (قوله قبل العدد) يدخل فى العدد أصله وهو الواحد لانه مبدأه كما فى البحر قيد بموتها اذ بموت الزوج قبل ذكر العدد يقع واحدة لانه وصل الطلاق بذكر العدد فيه وتهاوذكر العدد يحصل بعد موتها وفى موت الزوج ذكر لفظ الطلاق ولم يتصل به ذكر العدد فبقى قوله أنت طالق وهو عامل بنفسه فى وقوع الطلاق ألا ترى انه لو قال لامرأته أنت طالق يريد أن يقول ثلاثا فأخذ رجل فاه فلم يقل شيئا بعد ذكر الطلاق تقع واحدة لان الوقوع بلفظه لا بقصده درر (قوله لغا الايقاع) فلا يتنصف المهر ويرث الزوج منها حموى و وجه كون الايقاع لاغيا ان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكره بطل المحل فلا يقع شئ عينى وسيأتى فى كلام الشارح ما يفيده وهو قوله وهذه المسئلة تقرر الى آخره وانما ذكر المصنف هذه المسئلة فى هذا الفصل مع انه لا اختصاص لها بغير المدخول بها الا انها تجانس ما قبلها من حيث المعنى وهو فوات المحل عند الايقاع (قوله كما قال الحسن) يتعلق بالمنفى فى كل من قوله فلا يقع طلقة واحدة فى غير المدخول بها وقوله ولا يلغو ذكر الثلاث (قوله ولهذا) أى لرد مذهب الحسن (قوله أو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة الخ) اعلم ان مبنى هذه المسائل على ان الظرف اذا وقع بين شيئين ولم يتصل به ضمير كان صفة للمذكور أولا وان اتصل به ضمير كان صفة للمذكور آخرا وعلى ان الاقرار بطلاق سابق ايقاع فى الحال كما مر بيانه يعنى فى قوله أنت طالق امس وقد نكحها قبله حموى عن البرجندى (قوله يقع واحدة) اما فى الاولى فلانها بانت بالواحدة لا الى عدة فلا يلحقها الثانية لعدم توقف صدر الكلام على آخره عند عدم المغير فصار كل واحدة ايقاعا على حدة ولا ينتقض بما اذا قال لها أنت طالق ثلاثا ان شئت فقالت شئت واحدة وواحدة و واحدة حيث يقع عليها ثلاث مع التفريق لانا نقول انما وقع عليها الثلاث لان تمام الشرط بآخر كلامها فما لم يتم الشرط لا ينزل الجزاء زيلعى وفيه ايماء الى ان الحكم كذلك فى العطف بالفاء وثم وبل صرح به فى المحيط نهر وأما قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة فلان الاصل ان القبلية والبعدية صفة للمذكور أولا ان لم يقرن بالكناية وان قرن بها فهو صفة للمذكور آخرا والقبلية فى قوله واحدة قبل واحدة صفة الاولى فوقعت قبل الثانية فلا تلحقها الثانية لما قلنا والبعدية فى قوله بعدها واحدة صفة الاخيرة فوقعت الاولى قبلها فلا تلحقها الثانية لما ذكرنا زيلعى (قوله يقع ثنتان) اما الاولى فلان البعدية صفة الاولى لخلو الظرف عن الضمير فاقتضى ايقاع الطلاق الواحد للحال وايقاع الاخرى قبلها فيقترنان وقوعا واما الثانية فلان القبلية صفة الاخرى لاقترانها بالضمير فاقتضى ايقاعها

في الماضي والاولى واقعة في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان وقوعا وأما الاخريان فلان كلمة مع للقارنة كما ذكره العيني اقترنت بالضمير أولا (قوله وعن أبي يوسف الخ) لان الكناية تقتضي سبق المكنى عنه وجودا زيلعي (قوله ولو قال لامرأته ان دخلت الدار الخ) أراد بالمرأة غير المدخول بها وترك التصريح بذلك لان الفصل معقود لها ولانه لو كانت مدخولا بها لوقع عليها الثنتان كما لو أخر الشرط (قوله يقع واحدة) لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وقوعه وفي المنجز يقع واحدة فلا يبقى للثاني والثالث محل فكذا هنا درر قيد بحرف العطف لانه لو حذفه وقعت واحدة اتفاقا عند وجود الشرط ولغا الباقي لعدم ما يوجب تشريكه معه وبكونه واوا لانه لو كان فاء وقعت واحدة أيضا اتفاقا في الاصح قاله الفقيه أو كلمة ثم تعلق الاول وتنجز الثاني ولغا الثالث نهر (قوله وعندهما يقع ثنتان) لان الواو للجمع المطلق أعني جمع المتعاطفات بما قبلها وما بعدها في الحكم سواء كان هناك عامل كجاء زيد وعمرو وبكر أم لا كزيد وعمرو وبكر جاؤا بلا قيد أو ترتيب وقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع وله ان الجمع المطلق يحتمل القران أو الترتيب فعلى الاول يقع الكل وعلى الثاني لا يقع الا واحدة فلا يقع الزائد بالشك نهر ورجح في الاسرار قولهما والباقون اختاروا قوله كذا في كشف البزدوي حموي عن البرجندي ولو قال لامرأته التي لم يدخل بها ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت الدار تطلق ثلاثا ولو نجز بهذا اللفظ قبل الدخول بها لم يقع الا واحدة كذا بخطه أيضا عن شرح ابن الشلبي معزيا للنهاية (قوله وان أخر الشرط فثنتان) لان الجزاءين يتعلقان بالشرط دفعة فيقعان كذلك درر (قوله بأن قال انت طالق واحدة وواحدة الخ) وكذا بالفاء وفي ثم يقع واحدة للحال ويلغو الباقي نهر (فروع) قال لنسائه أنتن طالق وهذه وهذه ثلاثا طلقت كل واحدة ثلاثا لان العدد المذكور آخرا يصير ملحقا بالايقاع أولا كيلا يلغو ولو قال أنت طالق واحدة وهذه وهذه ثلاثا طلقت الاولى والثانية واحدة والثالثة ثلاثا لان الثانية تابعة للسابقة والثالثة مفردة بعدد على حدة ولو قال أنت طالق وأنت طالق وهذه ثلاثا طلقت الاولى واحدة والثانية والثالثة ثلاثا لان العدد صار ملحقا بالايقاع الثاني دون الاول بحر عن المحيط

وعن أبي يوسف في قوله معها واحدة انه يقع واحدة (و) لو قال لامرأته (ان دخلت الدار) (فأنت طالق) طلقة (واحدة وواحدة فدخلت تقع واحدة) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تقع ثنتان (وان أخر الشرط) بأن قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار) فثنتان

(باب الكنايات)

الكناية عند النحاة واللغويين أن يعبر عن شئ معين لفظا كان أو معنى بلفظ غير صريح اما للابهام على السامع كقولك جاءني فلان وأنت تريد معينا أو للشناعة كالهن للفرج أو للاختصار كالضمائر أو لنوع من الفصاحة كفلان كثير الرماد ثم الصريح والكناية من اقسام الحقيقة والمجاز فالحقيقة التي لم تهجر صريح والمهجورة التي غلب معناها المجازي كناية والمجاز الغالب الاستعمال صريح وغير الغالب كناية نهر وفي اصطلاح أهل البيان لفظ استعمل في معناه الموضوع له لينتقل منه الى ملزومه وفي اصطلاح اهل الاصول لفظ استتر المراد منه في نفسه سواء كان المراد معنى حقيقيا او مجازيا وقد ذكروا ان اطلاق الكناية على كنايات الطلاق مجاز لان معانيها غير مستترة فان البائن معلوم المراد لان محل البينونة اعني الوصلة متنوعة فاستتر المراد لا في نفسه بل باعتبار تمام المحل الذي يظهر فيه اثر البينونة واعترض بانه ان اريد ان معانيها اللغوية غير مستترة فجميع الكنايات كذلك وان اريد ان مراد المتكلم غير مستتر فممنوع لان مراده مبهم باعتبار المحل وذكر في التوضيح انها كنايات على اصطلاح علماء البيان فانه يراد بالبائن مثلا معناه الحقيقي ثم ينتقل منه بواسطة نية المتكلم الى ملزومه الذي هو الطلاق فتطلق المرأة على صفة البينونة ورد بأن الكناية وان كانت مستعملة في معناه الموضوع له لكن لا يكون مقصودا حتى لا يلزم ثبوته في الواقع كما في قولنا طويل النجاد لطول القامة فانه لا يلزم أن يكون له نجاد فكيف يلزم الطلاق بصفة البينونة وفي

التلويح الحق انه لم ينتقل من معاني هذه الالفاظ الى شئ آخر فان المراد بالبائن معناه اللغوي لكن على وجه مخصوص وفي محل مخصوص فيه الاستتار حموي (قوله ما استتر معناه وخفي مراده) هذا معنى الكناية عند الاصوليين وكان ينبغي أن يبين أولا معناها لغة ثم يبين معناها اصطلاحا كما هو المستفيض في مثله ثم لا يخفى ما في هذا التعريف من النظر كما يعلم بمراجعة النهر حموي ووجهه ان التعريف غير شامل لما انكشف المراد منه في الكناية بواسطة التفسير والبيان وغير مانع من دخول ما استتر المراد منه في الصريح بواسطة نحو غرابة اللفظ ولو زاد على التعريف قوله في نفسه بأن قال ما استتر المراد منه في نفسه لم يرد عليه شئ (قوله وفي الخانية الخ) استئناف قصد به بيان معنى كناية الطلاق عند الفقهاء ويعلم منه معنى كناية غيره أي غير الطلاق بطريق المقايسة حموي (قوله ما يحتمل الطلاق) يعني وغيره لان الاحتمال انما يكون بين شيئين يصدق بهما اللفظ الواحد معا ومن ثم لا يقال يحتمل كذا أو كذا كما نبه عليه العصام في شرح التلخيص من بحث المسند اليه حموي (قوله ولا يكون مذكورا نصا) ليدخل في التعريف نحو أنا بريء من طلاقك حموي (قوله الا بالنية أو دلالة الحال) أي لا تطلق بالكنايات الا بأحد هذين الامرين لان ألفاظ الكنايات غير مختصة بالطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من المرجح زيلعي واذا وقع الطلاق بالكناية اما للنية أو دلالة الحال فبالاولى اذا وجد الامران ومنه تعلم أن او في قوله أو دلالة الحال لمنع الخلو فيجوز الجمع (قوله كمذاكرة الطلاق) وحال الغضب درر (قوله وهذه الحالة أدل على الطلاق من النية) لانها ظاهرة والنية باطنة (قوله وتطلق واحدة رجعية في اعتدي الخ) ولو نوى ثلاثا أو ثنتين كما في الصريح اذا لم يذكر المصدر زيلعي وجه كون الواقع بهذه الالفاظ الثلاثة رجعيا وكونها من الكنايات ما ذكره في الدرر حيث قال اما اعتدي فلان حقيقته الامر بالحساب ويحتمل أن يراد اعتدي نعم الله تعالى أو نعمي عليك أو اعتدي من النكاح فاذا نوى الاخير زال الابهام ووقع به الطلاق بعد الدخول اقتضاء كانه قال أنت طالق واعتدي وقبل الدخول جعل مستعارا عن الطلاق لانه سببه ويجوز استعارة الحكم للسبب اذا كان الحكم مختصا به كما تقرر في الاصول والطلاق يعقب الرجعة واما استبرئي فانه يستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود بالعدة فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها في حال فراغ رحمها أي تعرّفي براءة رحمك لاطلقك وأما انت واحدة فلانه يحتمل أن يراد به انت واحدة عند قومك أو منفردة عندي ونحو ذلك وأن يكون نعتا لمصدر محذوف أي أنت طالق طلقة واحدة فاذا زال الابهام بالنية كان دالا على الصريح والصريح يعقب الرجعة اه ولانه ورد انه عليه السلام قال لسودة بنت زمعة اعتدي ثم راجعها عيني وزمعة بالزاي والميم والمهملة المفتوحات وقيل بسكون الميم كرماني (قوله واستبرئي) بكسر الهمزة قبل الياء شيخنا عن البخاري (قوله وقال زفر يقع بها) أي بواحدة من قوله أنت واحدة البائن كسائر الكنايات قلنا انه بعد وجود القرينة يكون نعت مصدر محذوف وهو طلقة فيكون رجعيا (قوله اذا قال واحدة بالنصب وقع) وان لم ينو لانه نعت لمصدر محذوف زيلعي (قوله لا يقع شئ) وان نوى لانه نعت للمرأة (قوله وقال عامة مشايخنا الكل على الخلاف) يتأمل فيه حموي (قوله لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب) يرد عليه انهم اعتبروه في الاقرار فيما لو قال له على درهم غير دانق رفعا ونصبا فيطلب الفرق وكانه عملا بالاحتياط في البابين نهر قال المرحوم الشيخ شاهين فعلى هذا لو كان ممن يفرق بين وجوه الاعراب هل يعتبر كما يؤخذ من التعليل وقال شيخنا انه غير معتبر وان كان المتكلم من الخواص لما ان المذكور جزء علة والجزء الآخر ما قاله في النهر وهو ان الخواص لا يلتزمونه في مخاطباتهم بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم ولهذا ترى أهل العلم لا يلتزمونه في كلامهم على ان الرفع لا ينافي الوقوع لاحتمال أن يريد أنت طلقة واحدة فجعلها نفس الطلقة مبالغة كرجل عدل اه والنصب لا يعين أن يكون نعتا لمصدر الطلاق بل يجوز أن يكون مصدر فعل آخر كقوله أنت ضاربة ضربة واحدة ونحوه فصار الاحتمال موجودا في الكل فلا يتعين البعض مرادا الا بدليل زيلعي (قوله أي غير هذه الالفاظ الثلاثة)

الكناية ما استتر معناه وخفي مراده وفي
الفتاوى الخانية الكناية ما يحتمل
الطلاق ولا يكون مذكورا نصا
(لا تطلق بها الا بالنية او دلالة الحال)
كمذاكرة الطلاق وهذه الحالة ادل
على الطلاق من النية (فتطلق
طلقة (واحدة رجعية في اعتدي
واستبرئي رحمك وانت واحدة)
(و) بالبائن كسائر
الكنايات وقال زفر يقع بها البائن
وقال الشافعي لا يقع
بها شئ وقيل انما يقع بها الطلاق
اذا قال واحدة بالنصب حتى يكون
نعتا لمصدر محذوف اما اذا قال واحدة
بالرفع لا يقع شئ وان نوى وان لم يعرب
واحدة يحتاج الى النية وقال عامة
مشايخنا رحمهم الله تعالى الكل على
الاختلاف لان العوام لا يميزون بين
وجوه الاعراب فلا يجوز بناء حكم
يرجع الى العامة على هذا وهو الصحيح
(وفي غيرها) أي غير هذه الالفاظ الثلاثة

فيه نظر بل يقع الرجعي ببعض الكنايات سوى هذه الثلاثة كما فى قوله لست لى بامرأة أولست لك
بزوج بناء على ماصرح به فى البحر والنهر من ان الواقع رجعى بهذه الكناية لكن جعله فى الدر بائنا
فليحرر ماهو الصواب والحاصل كما فى النهران فى كلامه مؤاخذة من وجهين الاول ان كون ماعدا
الثلاث يقع به البائن ممنوع بل يقع الرجعى ببعض الكنايات سوى الثلاث كانا برىء من
طلاقك الطلاق عليك يقع وهبتك طلاقك بعتك طلاقك اذا قالت اشتريت من غير بدل شاء الله طلاقك
أو قضاه شئت طلاقك خليت سبيل طلاقك أنت مطلقة بسكون الطاء على الصواب فما فى النهر بسكون
اللام سبق قلم أنت أطلق من امرأة فلان وهى مطلقة أنت طال بلا قاف لكن فى فتح القدير الوجه اطلاق
التوقف على النية مطلقا ان لم يكن هناك دلالة حال خذى أقرضتك اعرتك طلاقك وفى برئت من
طلاقك خلاف والاصح انه يقع قال فى الفتح والاوجه عندى ان يقع بائنا الثانى ان من الكنايات المذكورة
اختارى ولا تصح فيه نية الثلاث وغاية ما أجاب به فى البحر عن الاول بان تلك الالفاظ ملحقة بالثلاثة وعن
الثانى بانه مقيد بغير اختارى لما سيذكره فى بابه الخ نهر وأقول مبنى الايراد الاول على ان ماسبق من
هذه الالفاظ من قسم الكناية والذى يظهر خلافه وانها من الصريح وقد كنت توقفت فى ذلك برهة حتى
رأيت بخط السيد الحموى الموافقة على ذلك فلله الحمد ونصه وأقول قد تقدم فى باب الصريح ان منه خذى
طلاقك واعرتك طلاقك ووهبته لك وشئت طلاقك فى الاصح لانه من الايقاع بالمصدر وهو صريح
والكلام هنا فى الكناية فلا يرد ماذكر اه واعلم ان ماسبق من قول النهر لكن فى فتح القدير الوجه اطلاق
التوقف على النية مطلقا أى فى جميع الالفاظ التى تقدمت وهو استدراك على ما يفهم من كون الواقع بها
رجعيا اذ مقتضى كون الواقع بها رجعيا عدم توقف الوقوع على النية او دلالة الحال بناء على ما هو الاصل فى
الرجعى من انه انما يكون بالصريح فلهذا استدرك بقوله لكن فى فتح القدير الخ والا فقد يقع البائن
بالصريح كما سيأتى (قوله تطلق طلقة واحدة بائنة) وان نوى ثنتين ولو كان طلقها واحدة قبل ذلك ولم
يبق الا الثنتان نهر عن المحيط اما البينونة فلانها لم تكن كناية عن مجرد الطلاق بل عن الطلاق على وجه
البينونة وأما امتناع ارادة الثنتين فلما تقرر ان الطلاق مصدر لا يحتمل محض العدد درر (قوله وقال الشافعى
يقع الرجعى فى الجميع) لانها كنايات عن الطلاق وهو يعقب الرجعة ولنا انه أتى بالابانة بلفظ صالح لها
والحاجة ماسة اليها فى الحال كيلا يقع فى مراجعتها بغير قصد ولا نسلم انها كناية عن الطلاق لانها تعمل
عمل نفسها لا عمل المكنى عنه وتسميتها كنايات مجاز زيلعى (قوله وتصح نية الثلاث) لانها كل الجنس
ولهذا صحت نية الثنتين فى الامة لا فى غيرها لان نية العدد فى الجنس لا تصح نهر (قوله الا فى قوله
اختارى) لان الاختيار لا يتنوع درر واعلم ان فى قصر الاستثناء على اختارى قصورا بدليل ما نقله السيد
الحموى عن شرح ابن الحلبى معزيا الى الخانية حيث قال والواقع بالكنايات بائن عندنا الا الواقع بثلاثة
اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة فانه يقع واحدة رجعية وان نوى الثلاث بالكنايات تصح نيته الا فى
أربعة اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة واختارى فقالت اخترت فانه لا يصح نية الثلاث فى هذه
الاربعة اه ثم ظهر انه انما اقتصر فى الاستثناء على اختارى اكتفاء بقول المصنف وفى غيرها الخ فقوله
وتصح نية الثلاث أى فى غير الثلاثة السابقة (قوله بائن بتة بتلة) وجه كونها من الكنايات انها كلها بمعنى
المنقطعة كما فى الدرر فيحتمل الانقطاع عن كل رشد ونحوه كالاخلاق الحسنة أو عن قيد النكاح (قوله
حرام) احتمالها للطلاق ظاهر وأما احتمالها للشتم فلجواز ان يراد أنت حرام الصحبة والعشرة كما فى الدرر قال
فى البحر وسيأتى فى آخر باب الايلاء عن الفتاوى انه لو قال لها أنت على حرام والحرام عنده طلاق وقع وان لم
ينو وذكر الامام ظهير الدين لا نقول بعدم اشتراط النية ولكن يجعل ناويا عرفا ولا فرق بين قوله أنت على
حرام أو محرمة أو حرمت على أو لم يقل على أو أنت حرام بدون على أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسى
عليك ويشترط قوله عليك فى تحريم نفسه لا نفسها وكذا قوله حلال المسلمين على حرام وكل حل على حرام

تطلق طلقة واحدة (بائنة وان نوى
ثنتين) وقال الشافعى يقع رجعى فى
الجميع وقال زفر ان نوى ثنتين تقع
ثنتان وهذا اذا كانت حرة اما اذا كانت
امة فتقع ثنتان اذا نواهما عندنا (وتصح
نية الثلاث) حتى ان نوى الثلاث تقع
الثلاث الا فى قوله اختارى كما سيأتى
(وهى) أى الفاظ الكنايات (بائن
بتة بتلة) البت والبتل القطع (حرام

خلية) من الخلو (برية) من البراءة (حبلك على غاربك) ينبئ عن التخلية لانهم اذا أرسلوا الناقة يجعلون حبلها على غاربها وهو ما بين السنام والعنق (الحقي باهلك وهبتك لاهلك سرحتك فارقتك) وعند الشافعي هما صريحان لا يحتاجان الى النية (امرك بيدك اختاري) وفي هذين اللفظين لا تطلق مالم تطلق نفسها لانهما تفويضان (أنت حرة تقنعي تخمري) أي البسي الخمار (استتري) اغربي من الغربة وقيل اعزبي مكان اغربي من العزوب وهو البعد (اخرجي اذهبي قومي ابتغي) أي اطلبي (الازواج) ثم الكنايات ثلاثة اقسام ما يصلح جوابا لا غير امرك بيدك اختاري اعتدي واستبرئي وانت واحدة وانت حرة وكذا فارقتك ولا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك خلافا لابي يوسف فان عنده يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا وردا لا غير اخرجي اذهبي اعزبي قومي تقنعي استتري تخمري وما يصلح جوابا وشتما خلية برية بتة بائن حرام والاحوال ثلاثة حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق بأن تسأل هي طلاقها أو غيرها طلاقها وحالة الغضب ففي حالة الرضا لا يقع الطلاق في الالفاظ كلها الا بالنية والقول قول الزوج في ترك النية مع اليمين وفي حالة مذاكرة الطلاق يقع الطلاق في سائر الاقسام قضاء الا فيما يصلح جوابا وردا فانه لا يجعل طلاقا والقسم الثالث لا بد أن يجعل طلاقا لان الحال لا يصلح للشتم فتعين الجواب وفي حالة الغضب لا يقع الطلاق في الاقسام الثلاثة الا فيما يصلح للجواب لا غير فانه يقع الطلاق (ولو قال اعتدي ثلاثا) بان قال اعتدي اعتدي اعتدي (ونوى بالاول طلاقا وبما بقي حيضا

وأنت معي في الحرام فان قلت اذا وقع الطلاق بلا نية ينبغي ان يكون كالصريح فيكون الواقع رجعيا قلت المتعارف به ايقاع البائن لا الرجعي وان قال لم أنو لم يصدق للعرف كذا في البزازية وفي القنية لو قال أنت امرأة حرام ولم يرد الطلاق يقع قضاء وديانة ولو قال هي حرام كالماء تحرم لانه تشبيه بالسرعة اه (قوله خالية من الخلو بضم الخاء من حد دخل فيحتمل الخلو عن الخيرات أو عن قيد النكاح عيني (قوله برية من البراءة) من حد علم فيحتمل البراءة عن حسن الثناء أو عن قيد النكاح عيني (قوله حبلك على غاربك) أي اذهبي حيث شئت لاني طلقتك أو لئلا تطلبي الطلاق وفي معناه سرحتك درر (قوله يجعلون حبلها) أي مقودها (قوله الحقي باهلك) لاني طلقتك أو لاني أذنت لك ولا تطلبي الطلاق درر وهو بكسر الهمزة وبابه تعب (قوله وهبتك لاهلك) فيحتمل اني عفوت عنك لاجل أهلك أو وهبتك لهم لاني طلقتك عيني (قوله سرحتك فارقتك) لانهما يحتملان التسريح والمفارقة بالطلاق وبغيره عيني (قوله وعند الشافعي هما صريحان الخ) قلنا الصريح ما تعين استعماله في شيء وما لم يتعين لا يكون صريحا وهما لم يتعينا في النساء بل يقال سرحت ابلي وفارقت مالي وأصحابي فصارا كسائر الكنايات زيلعي وقوله ما تعين استعماله في شيء أي غالبا ليوافق ما سبق فتنبه (قوله أمرك بيدك) أي عملك بيدك كما في قوله تعالى وما أمر فرعون برشيد ويحتمل ارادة الامر باليد في حق الطلاق درر (قوله اختاري) أي اختاري نفسك بالفراق في النكاح أو اختاري نفسك في أمر آخر درر (قوله وفي هذين اللفظين لا تطلق مالم تطلق نفسها الخ) ولهذا قال في الحواشي السعدية وهذا لا يناسب ذكره في هذا المقام وقد وقع بسبب ذلك خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم انه يقع به الطلاق وأفتى به وحرم حلالا نعوذ بالله من ذلك وأقول دعوى عدم المناسبة ممنوع فان الباب مسوق للكنايات أعم من ان تكون كناية طلاق أو كناية تفويض ووقوع هذا المفتي في الخطأ لجهله غير قادح حموي بقي ان ظاهر قوله لا تطلق مالم تطلق نفسها انها اذا طلقت نفسها بعد ان فوض اليها بقوله أمرك بيدك أو اختاري تطلق مطلقا وان لم ينو الطلاق وليس كذلك بل لا بد من ان ينوي بهما الطلاق كما سيأتي في المتن من باب التفويض وفصل الامر باليد وذكر في البحر أن دلالة الحال قائمة مقامها قضاء لا ديانة والدلالة مذاكرة الطلاق والغضب (قوله لانهما تفويضان) أي من كنايات التفويض فما في الدرر من انهما من كنايات الطلاق غير صواب شرنبلالية (قوله أنت حرة) أي عن رق النكاح ويحتمل عن حقيقة الرق واعتقتك مثله وكذا كوني حرة أو اعتقي نهر (قوله تقنعي) من القناع وهو الخمار أي استتري لاني طلقتك أو من القناعة أي اقنعي بما رزقك الله مني من أمر المعيشة ولا تطلبي الطلاق درر (قوله تخمري) أمر بأخذ الخمار فيحتمل لانك بنت مني بالطلاق وحرم على نظرك أو عن الاجنبي لئلا ينظر اليك (قوله استتري) يحتمل ما يحتمل تخمري قال في النهر ولو قال مني أي استتري مني خرج عن كونه كناية اه ومقتضاه وقوع الرجعي به بلا نية وينبغي ان يكون قوله تخمري مني كذلك ويحتمل ان يكون المراد من قوله خرج عن كونه كناية أي فلا يتوقف الوقوع به على النية وان كان الواقع به بائنا (قوله وقيل اعزبي مكان اغربي) وهو اما من العزوبة وهي التجرد عن الزوج أو بمعنى البعد أي اختاري العزوبة أو البعد عني لاني طلقتك أو لزيارة أهلك درر ومنه يعلم ما في كلام الشارح من القصور لايهامه قصر احتمال ارادة البعد على الثاني وهو اغربي بالراء المهملة (قوله اخرجي) أي من عندي لاني طلقتك أو اخرجي ولا تطلبي الطلاق (قوله اذهبي قومي) يحتملان ما يحتمله اخرجي (قوله ابتغي الازواج) لاني طلقتك أو ابتغي الازواج من النساء لان الزوج لفظ مشترك بين الرجال والنساء عيني والالف واللام اذا دخلت على الجمع تبطل معنى الجمعية حموي (قوله ما يصلح جوابا) أي لسؤال الطلاق (قوله ففي حالة الرضا لا يقع الطلاق في الالفاظ كلها الا بالنية) للاحتمال زيلعي (قوله يقع الطلاق في سائر الاقسام قضاء) بلا نية (قوله الا فيما يصلح جوابا وردا) فانه لا يجعل طلاقا الا بالنية (قوله الا فيما يصلح للجواب لا غير) فانه يقع الطلاق بلا نية وقد نظم حاصل هذا العلامة نور الدين علي بن

غانم المقدسي فقال

بعض الكنايات جواب برد * و بعضها سب و بعض رد
فاشترط النية للطلاق * فى كل الاقسام لدى الاطلاق
وما أتى للرد فى المذاكره * صدقه ان كان الطلاق أنكره
ولا تصدق حالة الغضاب * فى كل ما يختص با لجواب

ولوقال لاحاجة لى فيك ونوى الطلاق لا يقع وكذا لوقال ما أريدك ولوقال لها ابعدى عنى ونوى الطلاق يقع ولوقال لها اذهبى فبيعى هذا الثوب أواذهبى فبيعى أوقومى فكلى ونوى الطلاق بقوله اذهبى وبقوله قومى لا يقع الطلاق ولوقال لها اربع طرق عليك مفتوحة ونوى الطلاق لا يقع الا ان يقول اربع طرق عليك مفتوحة نخذى فى أى طريق شئت حينئذ يقع الطلاق اذانوى شيخنا عن الخانية وبقى من الكنايات الفاظ أخر تعلم بمراجعة النهر (قوله صدق قضاء) لانه نوى حقيقة كلامه (قوله ولوقال لم أنو بالكل شيئا يكون القول قوله) لانه لاظاهر يكذبه عينى (قوله فهى ثلاث) أما فيما اذا نوى بالكل فظاهر وأما اذا نوى بالاولى فقط أو بالاولى والثانية فلانه صار الحال حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق فى عدم النية فيما بعده وكذا اذا نوى بالاولى والثالثة ولم ينو بالثانية شيئا يكون ثلاثا أيضا زيلعى لان الحال عند الثانية حال مذاكرة الطلاق لكونه نواه بالاولى والاصل انه اذا نوى الطلاق بواحدة تثبت حالة مذاكرة الطلاق فاذا نوى بما بعدها الحيض صدق لظهور الامر بالاعتداد بالحيض عقيب الطلاق ولا يصدق فى عدم نية شئ بما بعدها واذا لم ينو الطلاق بشئ صح وكذا كل ما قبل المنوى بها ونية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة منوى بها الطلاق يقع بها الطلاق وتثبت حالة المذاكرة فيجرى فيها الحكم المذكور بخلاف ما اذا كانت مسبوقة بواحدة اريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الثانية نهر (قوله يقع ثنتان) علم وجهه مما قدمناه والاصل فيه انه ان لم ينو بشئ منها لم يقع شئ وان نوى بواحدة الطلاق ينظر فان نوى بما بعدها الحيض صدق قضاء والا وقع بها الطلاق نوى به الطلاق أولم ينو لانه لما نوى عند واحدة منها الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الطلاق زيلعى (قوله يقع واحدة) لان الحال عند الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق (قوله وكذلك لوقال لم أنو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق والثالثة الحيض) وقعت واحدة ووجهه ظاهر والى هنا تمت المسائل اثنتى عشرة وقد اوصلها فى النهر الى خمسة وعشرين وجها قال فى العناية وبناء هذه الوجوه على الاقتصار على حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك قيد بما ذكر لانه لوقال انت طالق اعتدى اعتدى اعتدى وعطفه بالواو أو الفاء فان نوى واحدة يعنى لا غير وقعت واحدة او ثنتين وقعتا وان لم يكن له نية فعن الثانى انه فى الفاء تقع واحدة وفى الواو ثنتان وبه جزم فى المحيط على انه المذهب والمذكور فى الخانية وقوع الثنتين فى الوجوه الثلاثة نهر (قوله فهى كذلك فيما بينه وبين الله تعالى) لانه يحتمله (قوله وأما فى القضاء فهى ثلاث) فلا يصدق لانه خلاف الظاهر ووجهه كما فى النهر عن المحيط انه يكون ناويا بكل لفظ ثلث تطليقة (قوله انما يصدق مع اليمين) لانه أمين فى الاخبار عما فى ضميره زيلعى ويكفى تحليفها له فى البيت فان امتنع رفعته للقاضى فان نكل فرق بينهما (قوله وتطلق بلست لى الخ) يعنى طلاقا رجعيا وعلى هذا يكون من كناية الرجعى سيد حموى وهذا بناء على ما سبق عن البحر والنهر والا ففى الدر ما يخالفه (قوله وقالا لا تطلق وان نوى) لانه نفى النكاح وهو لا يكون طلاقا بل كذبا لكون الزوجية معلومة فصار كما لوقال لم أتزوجك اوسئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع فكذا هنا وله ان هذه الالفاظ تصلح لانكار النكاح وتصلح لانشاء الطلاق الاترى انه يجوز أن يقول ليست لى بامرأة لانى طلقتها كما يجوز أن يقول ليست لى بامرأة لانى ما تزوجتها فاذا نوى به الطلاق فقد نوى محتمل لفظه فيصح كما لوقال لا نكاح بينى وبينك درر وقوله اوسئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع كذا فى التبيين وفى الجوهرة

(صدق) قضاء ولوقال لم أنو بالكل شيئا يكون القول قوله (وان) نوى بالاولى الطلاق و(لم ينو بما بقى شيئا) أى قال نويت بالاولى الطلاق ولم أنو بما بقى شيئا اوقال نويت بالاولى والثانية الطلاق ولم أنو بالثالثة شيئا اوقال نويت بالكل الطلاق (فهى ثلاث) طلقات ولوقال نويت بالاولى والثانية الطلاق وبالثالثة الحيض اوقال نويت بالاولى الطلاق وبالثانية الحيض ولم أنو بالثالثة شيئا اوقال نويت بالاولى الطلاق وبالثانية الحيض ولم أنو بالثالثة شيئا أوقال لم أنو بالاولى والثالثة شيئا ونويت بالثانية الطلاق يقع ثنتان ولو قال لم أنو بالاولى والثانية شيئا ونويت بالثالثة الطلاق تقع واحدة وكذلك لوقال لم أنو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق والثالثة الحيض ولوقال نويت بهن تطليقة واحدة فهى كذلك فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى وأما فى القضاء فهى ثلاث وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية هنا وفى سائر الكنايات انما يصدق مع اليمين (وتطلق بلست لى بامرأة اولست لك بزوج اوما أنا لك بزوج اوما أنت لى بامرأة ان نوى طلاقا) وقالا لا تطلق وان نوى لانه لولم ينو لا يقع شئ بالاتفاق وانما قيد بقوله ان نوى (والصريح

قال ان نوى كان طلاقا عند أبي حنيفة وقالا لا يكون شيء من ذلك طلاقا ولو نوى شرنبلالية واعلم ان محل وقوع الطلاق بالنية عند الأمام ما اذا لم يؤكد النفي باليمين اما اذا أكده به فلا يقع شيء وان نوى باتفاقهم لما في الحدادي وقد اتفقوا جميعا انه لو قال والله ما أنت لي بامرأة او ليست والله لي بامرأة او على حجة ما انت لي بامرأة فانه لا يقع شيء وان نوى شرنبلالية أيضا ولما انهى الكلام على صريح الطلاق وكنايته اخذ يبين ما يلحق بالطلاق وما لا يلحق فقال (والصريح) وهو ما لا يحتاج الى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيا كذا في الفتح ٢ يعني لا يحتاج اليها قضاء لان الحكم الشرعي يتعلق بنفس الكلام اراده المتكلم أو لم يرده كما في التلويح وتوضيحه انهم اختلفوا في دلالة الكلام هل تتوقف على ارادة المتكلم فذهب ابن سينا الى انها لا تتوقف والامام الرازي الى انها تتوقف لكن ذكر في الحواشي اليعقوبية ان هذا الحكم المذكور للصريح انما يظهر في الثلاثة التي جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والرجعة لا في الجميع حتى ان البيع بالتلجئة اذا ثبت باتفاقهما او بالبينة يصدق قضاء اهـ وكان ينبغي ان يذكر النكاح لانه من الاشياء التي جدها جد وهزلها جد حموي (قوله يلحق الصريح والبائن) يرد على اطلاقه ما في البزازية لو قال كل امرأة له طالق لم يقع على المختلعة ولو قال ان فعلت كذا فامرأته كذا لم يقع على المعتدة من بائن نهر لانها لم تبق بعد الابانة بالخلع ونحوه من الكنايات امرأته وانما يقال هي مبانة ومختلعة منه فلا ينافي ان المختلعة يلحقها صريح الطلاق بان قال لها وهي في العدة انت طالق فانه يلحق لان بقاء أثر النكاح كاف في لحوق الصريح البائن فكان على المصنف كغيره ان يستثني فيقول الا ان يكون الصريح بلفظ كل امرأة له طالق أو ان فعل كذا فامرأته كذا فانه لا يلحق البائن كذا ذكره شيخنا (قوله وقال الشافعي لا يلحق الصريح البائن) لان الطلاق شرع لازالة ملك النكاح وقد زال بالخلع والطلاق على مال فلم يصادف محله وصار كما اذا طلقها بعد انقضاء العدة ولنا قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني الخلع ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب مع الوصل فيكون هذا نصا على وقوع الثالثة بعد الخلع مرتين وقال عليه السلام المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة ولان القيد الحكمي باق لبقاء أحكام النكاح وانما فات الاستمتاع وذلك لا يمنع التصرف في المحل كفواته بالحيض وغيره زيلعي (قوله لا البائن) اذا كان بلفظ الكناية فلو كان بغيره يقع كما لو قال انت طالق أفحش الطلاق ثم قال وهي في العدة انت طالق أفحش الطلاق يلحق نهر عن الفتح وفي شرح المنار للشيخ زين ما لفظه والمراد بالبائن الثاني ما كان بلفظ الكناية المفيدة للبينونة فلو خلعها ثم خلعها لم يقع الثاني ولو خلعها ثم طلقها على مال وقع الثاني ولا يجب المال كما في القنية ولو خلعها ثم قال أنت طالق بائن وقع الثاني وان كان بائنا لان وقوعه بأنت طالق وهو صريح ويلغو قوله بائن لعدم الحاجة اليه لان الصريح بعد البائن بائن ولو خلعها ثم طلقها ثلاثا وقع الثلاث وان كان الثاني بائنا بعد بائن لانه بالصريح لا بالكناية كما في فتح القدير وصرح فيه بان البائن يلحق الصريح ويشكل عليه ما في الخلاصة طلقها على مال ثم خلعها في العدة لا يصح اهـ فان هذا من قبيل لحوق البائن الصريح الا ان يحمل عدم الصحة على عدم لزوم المال فلا اشكال اهـ (قوله لا تقع الثانية) فلا حاجة الى جعله انشاء حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة يصدق في نيته وقيل لا يصدق حكاهما في المحيط واقتصر على الاول غير واحد بلفظ ينبغي والظاهر ان معناه يجب لانه بحث كما فهمه كثير قال في عقد الفرائد والذي ظهر لي ان مقتضى تعليلاتهم أنه اذا تعذر حمله على الاخبار يكون انشاء فيلحق ففي البزازية قال للمبانة ابنتك بأخرى يقع لانه لا يصلح اخبارا وفيها قال للمبانة أنت طالق بائن يقع أخرى بائنة ولو قال أنت بائن لا يقع لانه اخبار بخلاف الاول ولو قال ابنتك بتطليقة لا تقع اهـ لانه يصلح اخبارا نهر (قوله الا اذا كان معلقا) قبل ايجاد المنجز او مضافا حتى لو أبانها ثم علق البائن في العدة او أضافه لم يصح اعتبارا بتنجيزه نهر عن البدائع (قوله بان قال لها الخ) هذا تصوير التعليق وتقدم ان المضاف كالمعلق وصورته كما في البحر قال لها أنت بائن غدا ثم أبانها ثم جاء الغد يقع

أخرى

٢ قوله يعني لا يحتاج اليها قضاء مفهومه أنه يحتاج اليها ديانة وهو ما صرح به في البحر ورده ابن عابدين في أول باب الصريح بانه لا يشترط نية الطلاق في الوقوع قضاء وديانة نعم يشترط في الوقوع ديانة قصد اللفظ وعدم التأويل بل الصحيح انظر تمامه هناك اهـ بجراوي

(يلحق الصريح والبائن) بان قال للمدخول بها انت طالق ثم قال انت طالق وهي في العدة او قال لامرأته انت بائن ثم قال انت طالق وهي في العدة تقع الثانية أيضا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يلحق الصريح البائن (والبائن يلحق الصريح) أيضا بان قال للمدخول بها انت طالق ثم قال لها انت حرام وهي في العدة تقع الثانية أيضا (لا البائن) بان قال للمدخول بها انت بائن او حرام وهي بائن ثم قال لها انت بائن وكذا اذا في العدة لا تقع الثانية لانا لا يقع الثاني خالعها اولا ثم خالعها ثانيا كذا في المحيط (الا اذا كان معلقا) بان قال لها ان دخلت الدار فانت بائن ثم أبانها فدخلت الدار وهي في العدة

قوله الا ان يحمل عدم الصحة الخ استبعده ابن عابدين وحقق ان المراد من قولهم البائن يلحق الصريح هو الصريح الرجعي فقط وحينئذ فلا اشكال في فرع الخلاصة المذكور انظر تمامه في آخر الكنايات من رد المحتار اهـ بجراوي

أخرى وفيه عن الذخيرة قال ان دخلت الدار فأنت بائن ثم قال ان كلمت زيدا فأنت بائن ثم دخلت الدار وبانت ثم كلمت زيدا يقع أخرى (قوله وقع عليها طلاق آخر) لانه لا يمكن جعله خبرا لصحة التعليق قبله وعند وجود الشرط هي محل للطلاق فيقع وفيه خلاف زفر هو يقول المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط وجوابه مابيناه زيلعي (قوله وعند زفر لا يقع) مر بيانه (قوله ومن أراد ضبط هذه المسائل) أي مسائل لحوق الطلاق وفيه ان هذا الضبط قاصر اذ لم يذكر فيه مسئلة الاستثناء والضابط للكل ماقيل

لحوقا أجزلا بائنا مع مثله * الا اذا علقته من قبله

الا بكل امرأة وقد خلع * وألحق الصريح بعد لم يقع

ثم اعلم ان الطلاق انما يلحق معتدة الطلاق اما معتدة الوطء فلا در عن الخلاصة (تتمة) كل فرقة هي فسخ من كل وجه كاسلام وردة مع لحاق وخيار بلوغ وعتق لا يقع الطلاق في عدتها مطلقا وكل فرقة هي طلاق يقع الطلاق في عدتها تنوير وشرحه والظاهر ان المراد من قوله مطلقا أي سواء كان الطلاق منجزا أو معلقا (فروع) زوج امرأته من غيره لم يكن طلاقا الا ان نوى * اذهبي وتزوجي يقع واحدة بلا نية * اذهبي الى جهنم يقع ان نوى وكذا اذهبي عني وفسخت النكاح وأنت علي كالميتة أو كلحم الخنزير درمختار (تنبيه) سئلت عن شخص قال علي يمين لا افعل كذا نا وياً الطلاق فهل اذا فعل المحلوف عليه يقع عليه الطلاق فأجبت بعدم وقوع الطلاق وان نواه وانما يلزمه كفارة يمين عند الحنث ففي النهر من باب الايلاء صرح بأن معنى قوله علي يمين أي موجبها وهو الكفارة اه فاستبعد الجواب بعض علماء العصر ومال الى الوقوع مستندا لقولهم في كنايته هي ما احتمل الطلاق وغيره فعند ذلك أحببت أن أضع رسالة أبين فيها ان ماذكروه في تعريف الكناية ليس على اطلاقه بل ينبغي تقييده بأنه بالنسبة للفظ يصح أن تخاطب به المرأة ويصلح لان يراد به انشاء الطلاق الذي أضمره أو يصلح للاخبار عنه بأنه قد أوقعه كقوله انت حرام اذ يحتمل ان يكون المراد لاني طلقتك ويحتمل أن يكون المراد أنت حرام الصحبة والعشرة وكذا بقية الالفاظ كخلية لاحتماله الخلو عن قيد النكاح أو عن الخيرات وليس لفظ اليمين كذلك اذ لا يصح أن يخاطبها به بأن يقول لها أنت يمين فضلا عن أن يراد به انشاء الطلاق أو الاخبار عنه بأنه قد أوقعه حتى لو قال لها أنت يمين لاني طلقتك لم يصح وحينئذ فليس كل ما احتمل الطلاق يكون من كنايته بل بالقيدين السابقين وبقي قيد ثالث ينبغي اعتباره أيضا وهو ان يكون معنى اللفظ مسببا عن الطلاق وناشئا عنه كالحرمة بالنسبة لقوله أنت حرام فانها مسببة عن الطلاق وحينئذ فلا يرد ماذكره في البحر عن الامام من انه اذا قال لها لا أحبك أو لا اشتهيك أو لا رغبة لي فيك ناويا الطلاق لا يقع بخلاف فسخت النكاح اذا نوى به الطلاق ولم يحك صاحب البحر خلافا في ذلك عن أحد من أصحاب الامام وانما حكى الخلاف عن غير أهل مذهبه كابن أبي ليلى ووجه عدم وقوع الطلاق بهذه الالفاظ مع صحة الخطاب بها واحتمالها للطلاق وان لم يذكره صاحب البحر هو ان معاني هذه الالفاظ التي هي عدم المحبة ونحوها ليست ناشئة عن الطلاق على ان الغالب انه بعد الطلاق يندم فينشأ بعده حدوث المحبة والشهوة والرغبة بخلاف الحرمة ونحوها فانها لا تنفك عن الطلاق فظهر الفرق فاذا لم يقع بنحو قوله لا رغبة لي فيك مع احتمال أن يكون المراد لاني طلقتك ففي لفظ اليمين بالاولى على ان اليمين ليست محتملة للطلاق أصلا وانما هي محتملة للحلف بالطلاق كاحتمالها للحلف بغيره ولم يوجد منه الحلف بالطلاق أصلا لا صريحا ولا كناية فكانت نية الطلاق لغوا ويؤيد ذلك أيضا انهم حصروا ألفاظ الكنايات في ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا لا غير كقوله أمرك بيدك ونحوه الثاني ما يصلح جوابا وردا كقوله أخرجي ونحوه الثالث ما يصلح جوابا وشتما كقوله خلية ونحوه ومن المعلوم ان لفظ يمين غير داخل تحت واحد من هذه الاقسام الثلاثة فلم يكن من كنايات الطلاق قطعا ومن هنا يستفاد قيد رابع للمسئلة هو كون اللفظ صالحا للجواب فقط أو للجواب والرد أو للجواب والشتم وليس لفظ اليمين صالحا لشيء مما ذكر اذا علمت هذا ظهر ان مانقله بعضهم عن الطوري

قوله لحوقا أخر صوابه كلا أخر كما في الدر اذ لا يتزن البيت الا به اه

قوله وقع عليها طلاق آخر وعند زفر لا يقع ومن أراد ضبط هذه المسائل فليحفظ هذا النظم * والمطلق قد تطلق * والمطلق قد تبان * والمبانة قد تطلق * والمبانة لا تبان *

قوله اذا علمت هذا الخ رده ابن عابدين في حاشية الدر من أول باب الكنايات فراجعه اه

فى فتاواه من انه اذا قال أيمان المسلمين تلزمنى تطلق امرأته ان كان له امرأة خطأ فاحش ولهذا كثيرا ما سمعت من شيخنا يقول فتاوى الطورى كفتاوى الشيخ زين لا يوثق بها الا اذا تأيدت بنقل آخر والله أعلم

(باب تفويض الطلاق)

للزوجة أو غيرها صريحا كان التفويض أو كناية يقال فوض له الامر أى رده اليه حموى فالكناية قوله اختارى أو أمرك بيدك والصريح قوله طلقى نفسك لما ذكر ما يوقعه بنفسه بنوعيه ذكر ما يوقعه غيره باذنه وأنواعه ثلاثة تفويض وتوكيل ورسالة وألفاظ التفويض ثلاثة تخيير وأمر بيد ومشيئة در ثم الضمير فى وأنواعه يعود على ما يوقعه الغير لا للتفويض والا يلزم تقسيم الشئ الى نفسه والى غيره وقوله لما ذكر ما يوقعه بنفسه الخ يشير الى ما ذكره فى النهر من المناسبة حيث قال لما كان الطلاق بولاية مستفادة من الغير على خلاف الاصل ذكره بعد بيان ما هو الاصل ولم يجعل له فصلا على حدة كصاحب الهداية لانه لم يسبقه شئ يفصل به عنه بخلاف الاخيرين فاكتفى فيه بالباب اه (قوله قال لها اختارى الخ) بدأ بالاختيار لثبوته بصريح الاخبار نهر قال فى البناية الاختيار من الخيرة على وزن عنبة وهو اسم من قولك اختاره الله وقال الجوهرى الخيار اسم من الاختيار وقال أيضا الاختيار الاصطفاء وقال تاج الشريعة الاختيار الميل الى الخير والى ما هو الافضل والاولى حموى واعلم انه اذا قال لها اختارى أو أمرك بيدك ينوى بهما الطلاق أو قال لها طلقى نفسك لا يصح رجوعه لانه تمليك لا توكيل وما فى الدرر من قوله لا يملك الزوج عزلها تعقبه نوح أفندى بأن الصواب أن يقول لا يملك الزوج الرجوع عن التفويض سواء كان بلفظ طلقى نفسك أو أمرك بيدك أو اختارى لان المستعمل فى التمليك هو الرجوع وأما العزل فانه يستعمل فى التوكيل لا غير اه (قوله ينوى به الطلاق) أى تفويض الطلاق دل على هذا المضاف عقد الباب له ولم يذكر الدلالة اكتفاء بما مر نهر والمراد بالدلالة حالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب وبه يستغنى عما ذكره بعض الافاضل من تقييده قول المصنف ينوى به الطلاق بحالة الرضى دون الغضب ومذاكرة الطلاق وانما كانت النية أو ما يقوم مقامها من الدلالة شرطا فى قوله اختارى وكذا فى امرك بيدك لانهما من كنايات التفويض وما فى الدرر من انهما من كنايات الطلاق فغير صواب كما سبق التنبيه عليه وتقدم عن البحر ان الدلالة انما تقوم مقام النية فى القضاء لا فى الديانة فاذا ادعى انه لم ينو باختارى ونحوه كامرك بيدك الطلاق يدين ولو فى حالة المذاكرة أو الغضب (قوله فاختارت) أى نفسها فلو اختارت زوجها لم يقع وخرج الامر من يدها ولو عطفت بأو فقالت اخترت نفسى أو زوجى لا يقع ولو كان بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده ولو خيرها ثم جعل لها شيئا لتختاره فاختارته لم يقع ولا يجب المال لانه رشوة بحر ولو قالت اخترت نفسى لا بل زوجى وقع وما فى الاختيار من عدم الوقوع سهو نعم لو عكست لم يقع اعتبارا للمقدم وبطل أمرها وكذا لا يقع بقولها ألحقت نفسى بأهلى در (قوله فى مجلسها) أى مجلس علمها به مشافهة أو اخبارا وان طال يوما أو أكثر ما لم يوقته ويمضى الوقت قبل علمها در والمراد من العلم الاعتقاد الراجح أعم من أن يكون ظنا أو يقينا حموى عن البرجندى ولو خيرها ثم قام هو لم يبطل بخلافها نهر (قوله بانت بواحدة) لان اختيارها نفسها به يتحقق ثبوت اختصاصها بنفسها فى البائن دون الرجعى زيلعى لتمكن الزوج من رجعتها بلا رضاها قال فى النهر ووضع المسئلة فى اختارى نفسك لانه لو قال لها اختارى الطلاق فاختارته فهى رجعية (قوله والقياس أن لا يقع شئ) وان نوى الزوج الطلاق لان التمليك فرع ملك المملك وهو لا يملك الايقاع بهذه اللفظة حتى لو قال اخترت نفسى منك أو اخترتك من نفسى ناويا لا يقع الا أنا استحسنا الوقوع باختيارها باجماع الصحابة رضى الله عنهم كما فى الفتح قال

(باب تفويض الطلاق) (قال لها اختارى) حال كونه (ينوى به الطلاق فاختارت) المرأة (فى مجلسها بانت بواحدة) والقياس أن لا يقع شئ

العلامة نوح أفندى وهذا الاجماع اجماع سكوتى من قول بعضهم وسكوت غيرهم وما نقل من خلافه على لم يثبت اه (قوله وان نوى الزوج الطلاق) اراد بنية الطلاق نية تفويضه (قوله وانما قيد بالنية الخ) لانه من الكنايات ودلالة الحال قائمة مقامها قضاء لا ديانة والدلالة مذاكرة الطلاق والغضب والقول قوله مع اليمين فى عدم النية والدلالة وتقبل بينتها على اثبات الغضب والمذاكرة لا على النية الا اذا أقيمت على اقراره بها كما ذكره الولوالجى واذا لم يصدق قضاء لا يسعها الاقامة معه الا بنكاح مستقبل لانها كالقاضى بحر وقوله واذا لم يصدق قضاء لا يسعها الخ بان دلت الحال على ارادة الطلاق وادعى هو عدم نيته (تنبيه) لابد من علمها بالتخيير حتى لو خيرها ولم تعلم به فاختارت نفسها لم تطلق عندنا كما لو تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة وقال زفر طلقت وان لم تعلم كالوصى لو تصرف قبل العلم بالوصاية شرنبلالية عن السراج (تتمة) قال خير امرأتى لا تختار ما لم يخيرها بخلاف اخبرها بالخيار لاقراره به در (قوله ولم تصح نية الثلاث) بل تبين بواحدة ان قالت اخترت نفسى تنوير وشرحه وانما لا تصح نية الثلاث لان الاختيار ينبئ عن الخلوص وهو غير متنوع بخلاف البينونة لانها تتنوع الى غليظة وخفيفة فأيهما نوى صح وبخلاف الامر باليد لانه ينبئ عن التمليك وضعا بصفة العموم لقوله تعالى والامر يومئذ لله وقال تعالى ان الامر كله لله وهو مصدر والمصدر جنس يحتمل العموم والخصوص فاذا نوى الثلاث فقد نوى تمليك جميع ما يملك وهو محتمل لفظه فيجوز فان قيل كيف يعتبر تمليكا مع بقاء ملكه والشئ يستحيل ان يملك كله شخصان قلنا هذا تمليك الايقاع لا تمليك العين فلا يستحيل زيلعى (قوله فان قامت المخيرة الخ) وهذا اذا كان التفويض مطلقا وأما اذا كان موقتا فلا يبطل بالقيام ونحوه وانما يبطل بمضى الوقت وان لم تقم زيلعى (قوله أو أخذت فى عمل آخر) والمراد بالعمل ما يعلم به أنه قطع لما قبله لا مطلق العمل حتى لو شربت ماء لا يبطل خيارها لانها قد تشرب لتتمكن من الخصومة فان رطوبة الفم تذهب بالمشاجرة فلا تقدر على الكلام ما لم تشرب فلا يكون دليل الاعراض وكذلك اذا أكلت شيئا يسيرا من غير ان تدعو بطعام اولبست ثيابا من غير ان تقوم من ذلك المجلس اوسبحت اوقرأت آية لان ذلك عمل قليل زيلعى (قوله بطل التفويض) لانه تمليك فيبطل بما يدل على الاعراض من قيام او اخذ فى عمل آخر كسائر التمليكات بخلاف الصرف والسلم لان المبطل هناك الافتراق لا عن قبض دون الاعراض زيلعى ولو قال فان فعلت ما يدل على الاعراض بطل لكان أخصر وافود نهر (قوله وذكر النفس الخ) ويشترط ذكر النفس متصلا وان انفصل فان كان فى المجلس صح والا فلا تنوير وانما شرط ذكر النفس لان قولها اخترت يحتمل نفسى ويحتمل زوجى فلا تطلق بالشك حموى عن باكير فان قلت فعلى هذا لابد من ذكر النفس يعنى او ما يقوم مقامها فى كلامها الا فى كلامه اذ لا يقطع احتمال ارادتها اختيار زوجها وهو مناف لقول المصنف فى احد كلاميهما قلت اذا كانت فى كلامه فقد تضمن جوابها اعادته (قوله أو الاختيارة) عطف على ذكر النفس يعنى اذا لم يقع ذكر النفس فى أحد كلاميهما اصلا فالشرط ان يقع فى كلام الزوج لفظ الاختيارة وذلك ان التاء للوحدة واختيار المرأة نفسها مما يحتمل التوحد والتعدد دون اختيارها زوجها فصار مفسرا من جانبه كذا فى الهداية ودليله يقتضى ان لفظ الاختيارة لو وقع فى كلام الزوجة دون الزوج يقع الطلاق فان التفسير من جانبها أيضا معتبر مصرح به فى الكافى حموى عن البرجندى فظهر ان ما فى الهداية غير مخالف لما فى الكنز خلافا لمن توهم ذلك وعن هذا قال فى الدر والشرط ذكرها فى كلام أحدهما فلم يختص لفظ الاختيارة بكلام الزوج كما ظن اه (قوله او ما يكون كناية عن ذلك) كتكرار لفظ اختارى وكذا قولها اخترت أبى او أمى او أهلى او الازواج بخلاف اخترت قومى أو ذا رحم محرم وينبغى ان يحمل على ما اذا كان لها أب او أم اما اذا لم يكن ولها أخ فينبغى ان يقع لانها تكون عنده عادة فتح ولم أر ما لو قالت اخترت أبى او أمى وقد ماتا ولا أخ لها وينبغى ان يقع لقيام ذلك مقام اخترت نفسى نهر وفيه تأمل حموى ووجهه ما سبق عن الفتح من أنه اذا لم يكن لها أب او أم ولها أخ ينبغى ان يقع يعنى بقولها اخترت أخى لانها

وان نوى الزوج الطلاق وانما قيد بالنية لانه لو لم يكن له نية لا يقع شئ (ولم تصح نية) الزوج (الثلاث) وقال مالك تصح (فان قامت) المخيرة عن المجلس قبل الاختيار (او أخذت فى عمل آخر) غير الاختيار (بطل التفويض حتى لا يجوز لها ان تطلق نفسها بذلك الامر (وذكر النفس) او التطليقة (او الاختيارة) او ما يكون كناية عن ذلك

تكون عنده عادة اذ تعامله بهذا يشير الى ان ذكر الاب او الام انما أقيم مقام ذكر النفس لانها تكون عندهما وذا انما يكون حال حياتهما الا مطلقا فتدبر (قوله فى احد كلاميهما شرط) لانه انما عرف كونه طلاقا باجماع الصحابة وهو فى المفسر من احد الجانبين وهذا لان قولها اخترت مبهم فلا يصلح تفسيرا للمبهم زيلعى أى وقوع الطلاق بلفظ الاختيار باجماع الصحابة فى اللفظة المفسرة من احد الجانبين لا فى اللفظة المبهمة من الجانبين جميعا بناية (قوله وان خرج الكلام منهما مجملا الخ) قال فى الفتح والايقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص ولولا هذا لامكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد ان نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل والا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له كاسقينى اه ومنه تعلم ما فى كلام الشارح من قوله واعلم أن هذا اذا لم يصدق الزوج الخ فانه عزاه فى النهر الى الفوائد التاجية ثم قال وذكره فى العناية بقيل وفيه ايماء الى ضعفه وهو الحق اه (قوله تطلق طلقة واحدة) يعنى بائنة نهر (قوله والقياس ان لا تطلق فى الاولى) لان قولها انا أختار نفسى يحتمل الوعد فلا يكون جوابا مع الاحتمال وجه الاستحسان اجماع الصحابة ولان الشرع جعل هذا ايجابا وجوابا لما روى انه لما نزل قوله تعالى يا أيها النبى قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها الآية بدأ عليه السلام بعائشة فقال انى أخبرك بشئ فما عليك ان لا تجيبينى حتى تستأمرى أبويك ثم اخبرها بالآية فقالت أفى هذا استأمر أبوى يا رسول الله لا بل اختار الله ورسوله وأرادت بذلك الاختيار للحال وعده عليه الصلاة والسلام جوابا وايجابا كذا فى الاختيار ولان الصيغة غلب استعمالها فى الحال كما فى كلمة الشهادة وأداء الشاهد الشهادة يقال فلان يختار كذا يريد به تحققه فيكون حكاية عن اختيارها فى القلب بخلاف قولها انا اطلق نفسى يعنى فى جواب قوله طلقى نفسك لانه لا يمكن ان يجعل حكاية عن تطليقها فى تلك الحالة لعدم تصوره لان الطلاق فعل اللسان فلا يمكنها ان تنطق به مع نطقها بهذا الخبر بخلاف الاختيار لانه فعل القلب فلا يستحيل اجتماعهما زيلعى (قوله وان قال لها اختارى اختارى اختارى) بلا عطف او معه واوا كان او فاء او ثم (قوله فقالت اخترت الطلقة الاولى الخ) الصواب حذف الطلقة لاجماعهم انها لو قالت اخترت التطليقة الاولى يقع واحدة بلا خلاف كما فى النهر وغيره وانما الخلاف فى قولها اخترت الاولى ونحوها كقولها الوسطى او كقولها الاخيرة وأوردها الزيلعى فى مقام الاستشهاد لقول الصاحبين وصرح العينى بوقوع الواحدة بها اجماعا بقى ان المراد من قول المصنف فقالت اخترت الاولى الخ انها اختارت احداها بان قالت اخترت الاولى واقتصرت او الوسطى واقتصرت أو الاخيرة مقتصرة كما فى متن النقاية وفى البحر ما يخالفه من ذكر المجموع المشتمل على الالفاظ الثلاثة شيخنا والحاصل انه وجد فى كلام صاحب البحر ما يعين انها ذكرت المجموع المشتمل على الالفاظ الثلاثة بدليل قوله قيد بقوله اخترت الاولى وما عطف عليه الخ والذى يظهر ان الحكم اعنى وقوع الثلاث عنده خلافا لهما لا يختلف سواء صورنا الجواب منها بما ذكره فى متن النقاية او بما ذكره فى البحر (قوله بلا نية من الزوج) لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر درر وهذا رأى الشهيد وعليه جرى المصنف تبعا للهداية لانه لم يشترطها فى الجامع الصغير وشرطها فى الزيادات والجامع الكبير قال الاتقانى وهو الظاهر واختاره أبو المعين النسفى وقاضيخان وقال فى الفتح وهو الوجه لان تكرار امره بالاختيار لا يصيره ظاهرا فى الطلاق لجواز ان يريد اختارى فى المال او اختارى فى المسكن ونحوه وبهذا تبطل تلك المقدمة القائلة ان الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر نهر والحاصل ان المعتمد رواية ودراية اشتراطها دون اشتراط ذكر النفس بحر ومال الشيخ قاسم الى عدم الاحتياج للنية فى القضاء وأما فى الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى فتشترط النية (قوله وعندهما تطلق واحدة فى غير اخترت اختيارة) واختاره الطحاوى وفى الحاوى القدسى وبه نأخذ شرح تنوير ولو قالت اخترت اختيارة او الاختيارة أو مرة او بمرة أو دفعة أو بدفعة واحدة او اختيارة واحدة يقع ثلاث فى قولهم جميعا زيلعى لهما فى الاولى ان ذكر الاولى وما جرى مجراه

ان

(فى أحد كلاميهما شرطا) حتى لو قال لها اختارى فقالت اخترت كان باطلا ولو قال لها اختارى نفسك فقالت اخترت يقع واحدة بائنة ولو قال لها اختارى اختيارة فقالت اخترت تقع واحدة بائنة واعلم ان هذا اذا لم يصدق الزوج أنها اختارت نفسها اما اذا صدقها فانه يقع الطلاق بتصادقهما وان خرج الكلام منهما مجملا بدون هذه الالفاظ (وان قال لها اختارى فقالت أنا أختار نفسى أو اخترت نفسى تطلق) طلقة واحدة ان نوى الزوج الطلاق استحسانا والقياس ان لا تطلق فى الاولى (وان قال لها اختارى اختارى اختارى فقالت اخترت) الطلقة (الاولى او الوسطى او الاخيرة او) قالت (اخترت اختيارة) فقد (وقع الثلاث بلا نية) من الزوج عند أبى حنيفة وعندهما تطلق واحدة فى غير اخترت اختيارة

ان كان لا يفيد من حيث الترتيب فيفيد من حيث الافراد وله ان هذا الوصف لغو لان المجتمع فى الملك لا ترتيب فيه والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا الغا فى حق الاصل لغا فى حق التبع فبقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل نهر وقوله لان المجتمع فى الملك أى ملك المرأة والمعنى ان الطلقات الثلاث اجتمعت فى ملك المرأة كالاجتماع فى مكان بلا وصف ترتيب فلا سبق ولا توسط ولا تأخر شيخنا وقوله فاذا الغا فى حق الاصل أى اصل الكلام الذى هو الترتيب لغا فى حق التبع الذى هو الافراد شيخ حسن فان قلت قوله فى شرح الدرر بعد قول الماتن ولو ثلثها أى ذكر لفظ اختارى ثلاث مرات فقالت اخترت اختيارة أو قالت اخترت الاولى او الوسطى أو الاخيرة فثلاث اما وقوع الثلاث فى الاولى فقول أبى حنيفة وقالا تطلق واحدة مخالف لما سبق من كلام الشارح وهو قوله وعندهما تطلق واحدة فى غير اخترت اختيارة لاقتضائه ان وقوع الثلاث فى قولها اخترت اختيارة مجمع عليه لا خلاف فيه للصاحبين وانما الخلاف فى قولها اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة كما هو صريح كلام بقية شراح الكنز وهو عكس ما يفهم من قوله فى الدرر أما وقوع الثلاث فى الاولى فقول أبى حنيفة الخ قلت لا تخالف بينهما بوجه فى الحقيقة وليس المراد من قوله اما وقوع الثلاث فى الاولى الخ أى المسئلة الاولى التى هى قولها اخترت اختيارة كما هو منشأ توهم هذه المخالفة وانما المراد بالاولى قولها اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة ولو زاد على قوله فى الاولى ونحوها كالوسطى لزال هذا الايهام (تتمة) اذا كان التخيير على مال والمسئلة بحالها وقع الثلاث عند الامام ولزمها المال كله سواء كان التخيير بعطف أو لا لانه لما لغا الوصف عنده لم يختلف الجواب وعندهما ان كان بعطف لم يقع شئ الا اذا أوقعت الثلاث لان الكل تعلق بالمال فلو وقع كما أوقعته لوقع بثلث المال المشترط وهو لم يرض بالبينونة الا بالكل وان كان بغير عطف تعلقت الاخيرة بالمال كالشرط والاستثناء زيلعى (قوله ولو قالت فى جواب قوله اختارى ثلاثا) قال المولى زكريا لا حاجة الى قوله ثلاثا كما هو الظاهر من سائر الكتب اه قال العلامة عزمى وهو حق لا محيد عنه اه ولهذا قال ابن يونس ولو قالت فى جواب قوله اختارى سواء ذكره مكررا أو لم يذكره مكررا اه (قوله بانت بواحدة) لان العامل فيه تخيير الزوج لا ايقاعها درر (قوله والصواب انه لا يملك الرجعة) لان المرأة انما تتصرف حكما للتفويض والتفويض بطلقة بائنة لكونه من الكنايات فتملك الابانة لا غير فقيل فيه روايتان احداهما وقوع واحدة رجعية لان لفظها صريح ذكرها صدر الاسلام فى الجامع الصغير والاخرى وقوع البائنة وهذا أصح كذا فى الدرر لكن لو أبدل الفاء من قوله فقيل فيه روايتان بالواو لكان أولى شيخنا عن نوح أفندى (قوله أمرك بيدك) الامر هنا بمعنى الحال واليد بمعنى التصرف كما فى المصباح بحر (قوله فى تطليقة) قيد به لانه لو قال تطلقى نفسك أو لتطلقى نفسك أو حتى تطلقى فطلقت فهى بائنة نهر كما لو قال أمرك بيدك لو لم تصل نفقتى اليك فطلقى نفسك متى شئت فلم تصل فطلقت كان بائنا لان لفظة الطلاق لم تكن فى نفس الامر درر مختار (قوله طلقت طلقة واحدة رجعية) لانه جعل الاختيار اليها لكنه بتطليقة وهى معقبة للرجعة فان قيل قوله أمرك بيدك او اختارى يفيد البينونة أجيب بانه لما قرنه بالصريح علم انه رجعى كما لو قرن الصريح بالبائن فى قوله أنت طالق بائن حيث يقع البائن درر وغيرها واعلم ان الطلاق الصريح لا يصير بائنا بمجرد النية كما ان البائن لا يصير رجعيا بمجرد النية وان كان قوله علم انه رجعى الخ يوهم ذلك

(فصل) فى الامر باليد (قوله ولو قال لامرأته) ولو صغيرة لانه كالتعليق (قوله ينوى به ثلاثا) قيد بنية الثلاث لانه لو نوى واحدة أو ثنتين وكانت حرة أو لم ينو شيئا وقعت واحدة ولو طلقت ثلاثا فقال الزوج ما نويت الا واحدة حلف كما فى النهر عن الفتح قال الا أن يكون فى حالة الغضب أو مذاكرة الطلاق فلا يصدق انه لم يردها اه اى لم يرد الثلاث وانظر وجه عدم تصديقه انه لم يرد الثلاث اذا طلقت ثلاثا فقال ما نويت الا واحدة فى حالة الغضب او مذاكرة الطلاق مع ان هذه الدلالة لا تستلزم ارادة الثلاث اذ غايته

(ولوقالت) فى جواب قوله اختارى ثلاثا (طلقت نفسى أو اخترت نفسى بتطليقة بانت بواحدة) وذكر فى الهداية فهى واحدة يملك الرجعة ومثله فى بعض نسخ الجامع الصغير وكذا ذكر فى الجامع الكبير والصواب انه لا يملك الرجعة (ولوقال) لامرأته (أمرك بيدك فى تطليقة أو) قال لها (اختارى تطليقة فاختارت نفسها) بأن قالت قد اخترت نفسى (طلقت) طلقة (رجعية)

(فصل) فى الامر باليد (ولوقال) لامرأته (أمرك بيدك) حال كونه (ينوى) به ثلاثا

ما يستفاد منها نية أصل تفويض الطلاق لا بقيد كونه ثلاثا فالظاهر انه اذا أنكر نية الثلاث وادعى انه لم ينو الا الواحدة أن يصدق بيمينه ولو فى حالة الغضب أو مذاكرة الطلاق لما علم ان وقوع الطلقة الواحدة فيما اذا لم ينو شيئا كما سبق عن النهر معزيا للفتح مستشكل أيضا قلت قال الحموى يحتمل أن يكون قوله أو لم ينو شيئا أى لم ينو تفويض الثلاث والثنتين والواحدة بل نوى مطلق التفويض فحينئذ يقع بقولها اخترت نفسى بواحدة واحدة بائنة لا بقوله أمرك بيدك اه ويحتمل عدم نية التفويض من أصله وهذا الاحتمال هو المتبادر من قوله أو لم ينو شيئا وحينئذ فوقوع الطلاق به محمول على ما اذا دلت الحال على الطلاق لانه مما يصلح للجواب فقط كذا ذكره شيخنا أى قوله لها أمرك بيدك يصلح للجواب فقط فتحصل من مجموع كلام شيخنا والسيد الحموى انه يشترط لوقوع الطلاق هنا أحد أمرين النية أو دلالة الحال خلافا لظاهر قول الزيلعى وانما صح نية الثلاث لانه جنس يحتمل العموم والخصوص فأيهما نوى صحت نيته وان لم ينو شيئا ثبت الاقل الخ (قوله فقالت اخترت نفسى) وذكر النفس خرج مخرج الشرط حتى لو لم تذكرها لا يقع كما لا يقع فى جواب التخيير الا به زيلعى ويقوم مقام ذكر النفس ماذكره فى النهر من قولها اخترت أمرى أو قبلت نفسى أو قال ابوها قبلتها كما فى الخلاصة وينبغى أن تقيد مسئلة الاب بالصغيرة ولو قالت فى جواب الامر باليد أنت على حرام أو أنت منى بائن أو أنا منك بائن كان جوابا لان هذه الالفاظ تفيد الطلاق وكذا لو قالت أنا منك طالق أو أنا طالق بخلاف أنت منى طالق اه (قوله وقعن) لان الاختيار يصلح لجواب الامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصارت كانها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة وبه يقع الثلاث درر (قوله أى بمرة واحدة) عبارة الزيلعى وقولها بواحدة أى باختيارة واحدة بطريق اقامة الصفة مقام الموصوف اه (قوله وفى قولها طلقت نفسى الخ) أى فى جواب قول الزوج أمرك بيدك وذكر النفس فى قولها طلقت نفسى فى جواب الامر باليد شرط حتى لو قال لها أمرك بيدك فقالت طلقت ولم تقل نفسى لم يقع شئ زيلعى وقوله فى جواب قول الزوج أمرك بيدك يعنى ونوى لانه من الكنايات ودلالة الحال من مذاكرة الطلاق والغضب كالنية (قوله بانت بواحدة) لما ذكرنا أن المعتبر تفويض الزوج لا ايقاعها فتكون الصفة المذكورة فى التفويض مذكورة فى الجواب ضرورة الموافقة زيلعى (قوله الا انه اذا نوى ثلاث تطليقات الخ) لان الامر باليد تمليك فملك تمليك ما يملكه قياسا واستحسانا بخلاف التخيير لان وقوع الطلاق به على خلاف القياس لاجماع الصحابة فكان ضروريا زيلعى (قوله حتى لو اختارت نفسها فى الليل لا يقع الطلاق) لان كل واحد من اليومين ذكر مفردا واليوم المفرد لا يتناول الليل فكان الامر بيدها فى وقتين منفصلين زيلعى (قوله وان ردت الامر الخ) الاولى ذكره بطريق التفريع على ما تقدم من قوله ولا يدخل الليل (قوله بطل أمر ذلك اليوم) لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسه لا يتناوله الامر حموى قيد بقوله اليوم لانه لو قال فى اليوم تقيد بمجلسها نهر وظاهره انه يتقيد بمجلسها بالاتفاق من أبى حنيفة وصاحبيه وهو مشكل على قولهما فانهما لا يفرقان بين وجود فى وعدمه الا ان يكون هذا مستثنى حموى (قوله وكان الامر بيدها بعد الغد) لانه لما ثبت انهما أمران منفصلان لانفصال وقتهما ثبت لها الخيار فى كل من الوقتين على حدة فبرد أحدهما لا يرتد الآخر درر (قوله وقال زفر يبطل الامر أصلا) لانهما أمر واحد لانه عطف أحد الوقتين على الآخر من غير تكرار لفظ الامر فيكون أمرا واحدا كقوله اليوم وغدا وكقوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الامر باليد يحتمل التوقيت فلا حاجة الى ادخال ما لم يدخل فى اللفظ مقصودا ولا تبعا فكانا أمرين ضرورة الانفصال بخلاف الطلاق لانه لا يحتمل التوقيت فجاز أن يوصف فى اليوم وبعد غد بطلاق واحد فلا حاجة الى ايقاع طلاق آخر لبقاء الاول الى الوقت الثانى وبخلاف قوله اليوم وغدا على ما يأتى من الفرق زيلعى (قوله يدخل الليل فى ذلك الخ) لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الامر فكان أمرا واحدا الا ان تخلل الليلة لا يفصلهما لا يقال ان اليوم ذكر مفردا فوجب أن لا يتناول

فقالت اخترت نفسى بواحدة وقعن) قوله بواحدة أى بمرة واحدة والتقييد باليد اتفاقى حتى لو قال أمرك فى كفك أو يمينك أو شمالك أو فمك أو لسانك لا يختلف الحكم (وفى) قولها (طلقت نفسى بواحدة أو اخترت نفسى بتطليقة بانت بواحدة) واعلم ان حكم الامر باليد كالحكم فى التخيير فى حق الاقتصار على المجلس وفى انه لا يقع الطلاق فيه بلا نية الا انه اذا نوى ثلاث تطليقات هنا صح (ولا يدخل الليل فى) قوله لامرأته (أمرك بيدك اليوم وبعد غد) فلا يكون الليل وقتا للاختيار حتى لو اختارت نفسها فى الليل لا يقع الطلاق (وان ردت) المخيرة (الامر فى يومها) فى هذه المسئلة (بطل أمر ذلك اليوم وكان) الامر (بيدها بعد الغد) وقال زفر يبطل الامر أصلا (وفى) قوله (أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل) فى ذلك ويكون وقت الاختيار ممتدا الى غروب الشمس من الغد (وان ردت) المخيرة (فى يومها) فى هذه المسئلة

البيل كالمسئلة الاولى لانا نقول الجمع بينهما بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كقوله أمرك بيدك يومين ولا يمكن ذلك فى المسئلة الاولى لتخلل وقت من جنسهما لم يدخل تحت اللفظ وهنا امكن لعدمه حتى لوقال هناك أيضا أمرك بيدك اليوم وغدا او بعد غد كان أمرا واحدا لما قلنا زيلعى (قوله لم يبق الامر بيدها فى الغد أيضا) لانه أمر واحد فلا يبقى لها الخيار بعد الرد كما اذا قال لها أمرك بيدك اليوم فردته فى اول النهار لا يبقى لها الخيار فى آخره درر (قوله وعن أبى حنيفة انها اذا ردت الخ) لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع والجامع عدم اشتراط القبول فيهما فى المجلس فصار بمنزلة قيامها عن المجلس واشتغالها بعمل آخر وجه الظاهر ان المدة كلها بمنزلة المجلس فيما لم يذكر الوقت فيه لكونه امرا واحدا وهناك لم يثبت لها الخيار بعد الرد فكذا هنا ولان من له الخيار بين شيئين اذا اختار أحدهما لا يكون له خيار الآخر ألا ترى انها لو اختارت نفسها اليوم ليس لها ان تختار زوجها غدا فكذا هذا زيلعى (قوله وهو صحيح) لاستقلال كل واحد من الكلامين فلا حاجة الى الارتباط بما قبله وذكر قاضيخان هذه المسئلة ولم يذكر فيها خلافا زيلعى قال الكمال فلم يبق تخصيص ابى يوسف الا لانه المخرج للفرع المذكور وقال فى النهر ويتفرع عليه عدم جواز اختيارها نفسها ليلا وفى جامع القرتاشى امرك بيدك اليوم غدا بعد غد امر واحد فى ظاهر الرواية ولو قال امرك بيدك اليوم كان لها الخيار الى غروب الشمس ولو قال امرك بيدك فى اليوم كان لها الخيار فى المجلس فاذا قامت بطل وهو كقوله انت طالق غدا وفى غد (قوله ولو مكثت بعد التفويض يوما الخ) اذا لم يوجد ما يدل على الاعراض اتقانى (قوله اى لم تأخذ فى عمل آخر الخ) اشار الشارح الى ان المراد بالقيام المنفى فى كلام المصنف ما يدل على الاعراض لا خصوص قيامها ولو اقامها او جامعها مكرهة بطل لتمكنها من الاختيار وهذا اذا كان التفويض مطلقا واما اذا كان موقتا فلا يبطل بالقيام ونحوه وانما يبطل بمضى الوقت وان لم تقم زيلعى (قوله للشورة) قال فى المصباح شاورته واستشرته والاسم المشورة وفيها لغتان سكون الشين وفتح الواو وضم الشين وسكون الواو اه وظاهر كلامه ان اللغتين على حد سواء وليس كذلك فقد نقل الحموى عن ابن الشلبى المشورة بوزن المعونة هى اللغة الفصيحة الصحيحة وفيها لغة اخرى مشورة كقسورة (قوله اوشهود اللاشهاد) اذا لم يكن عندها من تشهده سواء تحولت من مكانها اولا فى الاصح درر من التفويض وانما لا يبطل التفويض بالاستشارة او الاشهاد لان الاستشارة لتحرى الصواب ولذا امر عليه الصلاة والسلام عائشة بمشاورة والديها قبل ان تجيبه والاشهاد للتحرز عن الجحود فصار دليل الاقبال زيلعى (قوله اوكانت على دابة فوقفت) الدابة بايقافها او اتفاقا نهر وفيه انه لا يقال وقفت الدابة اذا كان وقوفها بايقافها ولهذا قالوا اذا قال ان البست هذا القميص احدا لم يدخل فيه الحالف لان الشرط الالباس وفعله لا يسمى الباسا بل يسمى لبسا حموى (قوله بقى خيارها) لانه لم يوجد منها ما يدل على الاعراض ولهذا لم يبطل فيما لو نامت قاعدة او كانت تصلى مكتوبة او وترا فأتمتها او سنة مؤكدة على الاصح او كانت فى نافلة فأتمتها ركعتين او ادبت من غير قيام او اكلت او شربت او قرأت قليلا او سبحت نهر (قوله يعتبر مجلس علمها) فان قلت انه عليه السلام لم يقيد الخيار بالمجلس لانه قال لعائشة فلا تجيبينى حتى تستشيرى ابويك لان الاستشارة معهما لا تكون الا بعد المشى اليهما قلت ان اجماع الصحابة حجة وقول الرسول ليس فيه دلالة على عدم التقييد بالمجلس لامكانها الاستشارة وهى فى مجلسها ولئن سلمنا عدم التقييد يحمل على انه عليه السلام اثبت لها الخيار ممتدا وله ولاية ان يشرع الحكم مطلقا ومقيدا فكانت عائشة رضى الله عنها مخصوصة بامتداد الخيار الى الاستشارة كذا فى البناية (قوله وفى رواية اذا كانت قاعدة فاتكأت بطل خيارها) لانه اظهار التهاون بما خيرها والاصح الاول زيلعى (قوله ولو كانت قاعدة فاضطجعت الخ) مخالف لما فى النهر حيث قيد البطلان بما اذا هيأت الوسادة كما يفعل للنوم ثم قال وقيل لا يبطل مطلقا اه وعزاه الى الخلاصة (قوله وان سارت لا) لان سيرها مضاف اليها لان الدابة تسير باختيار راكبها ولو اختارت مع سكوته

(لم يبق) الامر بيدها (فى الغد) أيضا وعن أبى حنيفة انها اذا ردت الامر فى اليوم فلها أن تختار نفسها غدا وعن أبى يوسف فى الامالى انه اذا قال لامرأته أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انهما أمران حتى اذا اختارت زوجها اليوم ثم جاء الغد صار الامر بيدها وهو صحيح (ولو مكثت) المرأة (بعد التفويض يوما) أو أكثر منه (ولم تقم) أى لم تأخذ فى عمل آخر (أو جلست) أى عن القيام (أو اتكأت عن قعود أو عكست) بأن كانت متكئة فقعدت (أو دعت أباها للشورة أو) دعت (شهودا للاشهاد أو كانت على دابة فوقفت) أو نزلت (بقى خيارها) فان كانت حاضرة ثم هذا اذا كانت غائبة يعتبر مجلس علمها وانما قيد بقوله ولم تقم لانها اذا قامت أو أخذت فى عمل آخر خرج الامر من يدها كما مر وفى رواية اذا كانت قاعدة فاتكأت بطل خيارها ولو كانت قاعدة فاضطجعت بطل خيارها عند زفر وهو رواية عن أبى يوسف (وان سارت) الدابة بعد التفويض (لا) يبقى الخيار

والدابة تسير طلقت لانه لا يمكنها الجواب باسرع من ذلك فلم يوجد تبدل المجلس حكما ولا فرق بين ان يكون الزوج معها على الدابة او المحمل اولا يكون وفي المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل زيلعي و وجهه كما في البحر انه في هذه الحالة كالسفينة واعلم ان ما جزم الزيلعي به من انها اذا اختارت مع سكوته والدابة تسير طلقت الخ حكاه في النهر بقيل فدل على ضعفه واعلم ان قول الزيلعي وفي المحمل يقوده الجمال الخ مخالف لما ذكره اولا من قوله ولا فرق بين ان يكون الزوج معها على الدابة او المحمل ثم ظهر ان ما ذكره أولا يحمل على ما اذا كان لا يقوده الجمال (قوله والفلك كالبيت) لان جريان السفينة لا يضاف الى راكبها لعدم قدرته على الايقاف والتسيير وعن ابي يوسف ان السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها زيلعي (فـــرع) قال ان تزوجت عليك امرأة فأمرها بيدك فزوجه الفضولي وأجاز بالفعل ليس لها ان تطلقها ولو قال ان دخلت امرأة في نكاحي فلها ذلك بحر عن القنية

(فصل في المشيئة) اعلم ان المناسب للترجمة الابتداء بمسئلة فيها ذكر المشيئة عناية وأجاب في الحواشي السعدية بان ما ذكر فيه المشيئة منزل مما لم تذكر فيه منزلة المركب من المفرد يعني والمفرد يسبق المركب فكذا ما نزل منزلته نهر (قوله ولم ينو أو نوى واحدة) لو عكس العبارة بان قال ونوى واحدة أو لم ينوا واقتصر على قوله ولم ينو لكان اولى لانه اذا طلقت واحدة مع عدم النية فع نيتها بالاولى (قوله وان طلقت ثلاثا الخ) ولا فرق بين ايقاعها بلفظ واحد او متفرقا ولو قالت فعلت وقد نوى الثلاث وقعن نهر عن الخانية (قوله وقد نواه) أشار بتقدير قد الى ان الجملة حالية وقيد المصنف بنية الثلاث لانه لو نوى واحدة لم يقع شئ عند أبي حنيفة وعندهما يقع واحدة حموي عن الزيلعي (قوله وقعن) لان قوله طلقي نفسك معناه افعلي فعل التطليق قيد بخطابها لانه لو قال لها طلقي أي نسائي شئت او أمر نسائي بيدك فطلقت نفسها لم يقع نهر عن الخانية و وجهه كما ذكره شيخنا أنها لا تدخل تحت عموم خطابه بخلاف ما اذا قال ان فعلت كذا فنسائي طوالق ففعلت وقع عليها الطلاق وعلى غيرها لانها معرفة في النية فجاز ان تدخل تحت الجزاء وتكون منكرة في الجزاء أما ههنا فلا يتصور ان تكون منكرة ومعرفة في تفويض واحد حموي عن الحصيري وفي الخانية طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فقالت أنا اطلق او قد شئت ان أطلق نفسي كان باطلا (قوله لان الزوج لو نوى ثنتين لا تصح نيته) يعني ويقع واحدة لان قوله طلقي معناه افعلي طلاقا والطلاق لفظ فرد يحتمل الواحد الاعتباري وهو الثلاث لانه تمام الجنس كما مر لا العدد المحض وهو ثنتان زيلعي ودرر (قوله الا ان تكون المرأة أمة) لانه جنس طلاقها وينبغي ان يكون في نية الثنتين في الحرة خلاف زفر فان نية العدد عنده صحيحة حموي عن البرجندي (قوله وبأبنت نفسي الخ) او طلقت نفسي طلاقا بائنا نهر و يتوقف على اجازته اذا قالت أبنت نفسي بحر أي يتوقف وقوع الرجعي بقولها أبنت على اجازته لانه كناية كما في الدر (قوله فيما اذا قال لها طلقي نفسك) او زاد تطليقة رجعية نهر وفي البحر عن البدائع ولا فرق بين قوله طلقي نفسك وقوله طلقي نفسك تطليقة رجعية الخ وما في شرح الحموي بخطه من قوله و بقولها أبنت نفسي جوابا لقوله طلقي نفسك وأراد تطليقة رجعية الخ صوابه او زاد (قوله لا باخترت) وخرج الامر من يدها والفرق ان الابانة من الفاظ الطلاق التي تستعمل في ايقاعه كناية فقد أجابت بما فوض اليها غير انها زادت فيه وصفا فيلغو بخلاف الاختيار اذ ليس هو من الصريح ولا من الكناية ومن ثم لو قالت أبنت نفسي توقف على اجازته وفي اخترت لا تلحقه الاجازة بل يبطل نهر ولان وقوع الطلاق به على خلاف القياس عرف باجماع الصحابة اذا كان جوابا للتخيير زيلعي اولا الامر باليد لانه هو والتخيير معنى فيثبت جوابا له بدلالة نص اجماعهم على التخيير لان قوله امرك بيدك ليس معناه الا انك مخيرة في أمرك الذي هو الطلاق بين ايقاعه وعدمه فهو مرادف للتخيير بلفظ التخيير للعلم بان خصوص اللفظ ملغي بحر فيقتصر على مورده و قوله طلقي ليس بتخيير فيلغو (قوله وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها أبنت نفسي) لانها أتت بغير ما فوض اليها اذ المفوض اليها الطلاق

والابانة

(والفلك كالبيت) وجريانه لا يبطل خيارها (فصل) في المشيئة (ولو قال لها طلقي نفسك ولم ينو او نوى واحدة فطلقت) (وقعت) طلقة رجعية وان طلقت ثلاثا فيما اذا قال باب قالت طلقت نفسي ثلاثا (و) قد (نواه وقعن) قيد بالثلاث لانه لو نوى الزوج ثنتين لا تصح نيته الا ان تكون المرأة أمة (وبأبنت نفسي) فيما اذا قال لها طلقي نفسك (طلقت) طلقة رجعية (لا باخترت) وعن أبي حنيفة انه لا يقع بقولها أبنت نفسي (و) لو قال لها طلقي نفسك

والابانة تخالفه فكان اعراضا منها فيبطل خيارها به زيلعي (قوله لا يملك الرجوع عنه) أى التفويض بأنواعه الثلاث لما فيه من معنى التعليق درفبا عتبار التمليك تقيد بالمجلس وباعتبار التعليق لم يصح الرجوع عنه ولا عزلها ونهيها ولو طلقت نفسها بعد جنونه قال في النهر قال محمد كل شئ يملك الزوج ان يرجع عن كلامه يبطل بالجنون وكل شئ لم يكن له ان يرجع عن كلامه لم يبطل به وقوله فى الدر بأنواعه الثلاث يعنى سواء كان بلفظ التخيير او الامر باليد او طلقى نفسك كما فى البحر (قوله وتقيد الامر بمجلسها) لانه تمليك (قوله الا اذا زاد متى شئت) لانها لعموم الاوقات فصار كانه قال فى أى وقت شئت (قوله ولو قال لرجل طلق امرأتى الخ) أطلق الرجل فشمل ما اذا فوضه لصبى لا يعقل او مجنون فذلك اليه مادام المجلس لان هذا تمليك فى ضمنه تعليق فان لم يصح باعتبار التمليك يصح باعتبار معنى التعليق فصححناه باعتبار التعليق فكانه قال ان قال لك المجنون انت طالق فأنت طالق وباعتبار معنى التمليك يقتصر على المجلس عملا بالشبهين بحر عن المحيط لكن سيأتى انه لا بد من التقييد بالعقل فى كلام المصنف أى فى قوله ولو قال لرجل الخ بقى ان يقال فى شمول الرجل للصبى نظر لان الرجل اسم للبالغ فلو قال ليس الرجل قيدا بل كذا الحكم لو كان صبيا كما فى المحيط لكان صوابا (قوله لم يتقيد بالمجلس) لانه توكيل محض لا يشوبه تمليك ولا تعليق ولهذا كان له الرجوع كما ذكره الشارح ولو قال له طلقها ان شاءت لا يصير وكيلا مالم تشأ ولها المشيئة فى مجلس علمها فان شاءت وصار وكيلا فلو طلقها فى المجلس وقع ولو قام عن مجلسه بطل التوكيل وهو الصحيح لان ثبوت الوكالة بالطلاق بناء على ما فوض اليها من المشيئة ومشيئتها تقتصر على المجلس فكذا الوكالة نهر عن الخانية (قوله وللزوج ان يرجع عنه) الا اذا قال وكلما عزلتك فأنت وكيلى فانه لا يقبل الرجوع ويصير لازما كما فى الخلاصة وغيرها نهر (قوله فيجوز ان يطلق فى المجلس لا بعده) لا يخفى ما فى العبارة من الخلل فان بين التعميم بالجواز و بين قوله لا بعده منافرة والجواب ان الجواز فى كلامه مقيد بجانب العدم لان الجواز فى كلامهم ٢ على ثلاثة أقسام قسم مقيد بجانب الوجود وهو عدم الامتناع وقسم مقيد بجانب العدم وهو الوجوب وقسم غير مقيد باحد الجانبين وهو الامكان بالمعنى الخاص حموى (قوله فصار تمليكا لا توكيلا) فيتقيد بالمجلس لانه تمليك معنى لانه فوض الامر الى رأيه والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته وأما الوكيل فمطلوب منه الفعل شاء أو لم يشأ واعلم ان الفرق بين التمليك والتوكيل فى أربعة أحكام فالتمليك يتقيد بالمجلس ولا يصح الرجوع عنه ولا العزل ولا يبطل بجنون الزوج وانعكست هذه الاحكام فى التوكيل ولا بد فى صحة التوكيل من عقل الوكيل فعلى هذا لا بد من التقييد بالعقل فى كلام المصنف وحينئذ فهذه مما خالف فيها التمليك التوكيل بحر فيكون الفرق حينئذ بينهما من خمسة اوجه (قوله وليس للزوج ان يرجع) لانه تعليق صورة نهر (قوله وقال زفر الخ) لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا أنه تمليك لانه علقه بمشيئته والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع (قوله وقعت واحدة رجعية) اجماعا حموى عن المفتاح وكذا الوكيل الا ان يقول بألف فانه ان طلقها واحدة بألف وقعت والا لم يقع شئ نهر عن الكافى (قوله أى لو قال لها الخ) القول هنا بمعنى الخطاب فان القول يستعمل لمعان مختلفة باعتبار ما يعدى به فاذا عدى بالباء كان بمعنى الحكم واذا عدى بعن كان بمعنى الرواية واذا عدى بفى كان بمعنى الاجتهاد واذا عدى باللام كما هنا كان بمعنى الخطاب واذا عدى بعلى كان بمعنى الافتراء والعرب تستعمل القول فى غير الكلام فتقول قال بيده أى اخذ وقال برأسه أى اشار وقال برجله أى مشى ويستعمل بمعنى ذكر غنيمى عن الكشاف قال الحموى وبقى استعمالان آخران وهما استعماله بمعنى الاطلاق ومنه قولهم مقدمة العلم تقال على كذا أى تطلق وبمعنى الحمل ومنه قولهم الجنس يقال على كذا أى يحمل ويعدى فى كل منهما بعلى (قوله فطلقت ثلاثا لم يقع شئ عند أبى حنيفة) ولا يقال بقولها طلقت نفسى تكون ممتثلة فيقع وتبقى بازائد مبتدئة ويلغو الزائد لانا نقول لا يقع شئ

(لا يملك الرجوع) عنه (وتقيد) الامر (بمجلسها) حتى لو قامت عن مجلسها او تحولت الى مكان آخر او اخذت فى عمل آخر خرج الامر من يدها (الا اذا زاد متى شئت) فانه يجوز ان تطلق نفسها فى المجلس وبعده (ولو قال لرجل طلق امرأتى لم يتقيد بالمجلس) فله ان يطلق فى المجلس وبعده وللزوج ان يرجع عنه (الا اذا زاد ان شئت) فيجوز ان يطلق فى المجلس لا بعده لانه علقه بمشيئته فصار تمليكا لا توكيلا فيتقيد بالمجلس وليس للزوج ان يرجع وقال زفر هذا والاول سواء (ولو قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت) طلقة (واحدة وقعت) طلقة (واحدة) رجعية (الا فى عكسه) أى لو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شئ عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يقع

٢ مطلب الجواز على ثلاثة أقسام

مطلب القول يستعمل لمعان مختلفة باعتبار التعدية بحرف الجر

بقولها طلقت نفسى اذاذكر العدد وانما يقع بالعدد على ما بينا فصارت مخالفة فان قيل فى الثلاث واحدة وهى مملوكة فتقع لان كون الثلاث مركا لا يمنع وقوع الواحدة كما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة قلنا ان الواحدة قائمة بالجملة ضمنا فاذا لم تثبت الجملة فكيف يثبت ما فى ضمنها ونظيره رجلان شهد أحدهما على رجل انه قال لامرأته خلية حال مذاكرة الطلاق والآخر انه قال لها برية لا تثبت البينونة لعدم ثبوت المتضمن بخلاف ما اذا فوض اليها ثلاثا فطلقت واحدة حيث تقع الواحدة لان الثلاث صارت مملوكة لها وهذا التمليك صح من الزوج فقد أتت بما فى ضمن كلامه فيصح ان تأتى بها كلها مجتمعة أو متفرقة زيلعى (قوله وعندهما تقع واحدة) لانها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج ألفا وله انها أتت بغير ما فوض اليها لانه ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هى فى الاولى والخلاف مقيد بما اذا أوقعت الثلاثة بكلمة واحدة أما اذا أوقعت واحدة وواحدة وواحدة وقعت واحدة اتفاقا قيد بقوله طالق لانه لما قال أمرك بيدك ينوى واحدة فطلقت ثلاثا وقعت واحدة اتفاقا نهر عن المبسوط (قوله ولا فى طلقى نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت طلقة واحدة) لان الكل معلق بمشيئة الكل فلا يقع شئ بمشيئة البعض لانعدام الشرط لان قوله ثلاثا ان شئت أى ان شئت الثلاث بخلاف المسئلة المتقدمة لعدم الشرط فيها (قوله ولا فى عكسه لا يقع) ذكر الشهاب الشلبى ان نسخة المتن التى شرح عليها مسكين ساقط منها لفظ لا وحينئذ لا اشكال فى المزج حموى والحاصل ان الصواب اما حذف لا من قوله ولا فى عكسه او زيادة أى التفسيرية قبل قوله لا يقع (قوله لا يقع عند أبى حنيفة) لاجل المخالفة لانها أتت بغير ما فوض اليها عينى وغاية (قوله وعندهما يقع واحدة) لان مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة عينى (قوله او بائنة فى الثانية) نقل الشلبى عن قاضيخان ما نصه رجل وكل رجلا ان يطلق امرأته تطليقة بائنة فطلقها واحدة رجعية تقع واحدة بائنة وكذا لو وكله ان يطلقها رجعية فطلقها بائنة تقع رجعية وهذا اذا قال الوكيل طلقتها واحدة بائنة فان قال أبنتها لا يقع شئ اهـ ومنه يستفاد تقييد قول المصنف او الرجعى فعكست وقع ما أمر به بما اذا قالت طلقت نفسى بائنة أما اذا قالت أبنت نفسى لا يقع شئ وأقره الشرنبلالى والحموى والشيخ شاهين وتعقبه شيخنا بانه مخالف لما سبق فى المتن من قوله و بأبنت نفسى طلقت لا باخترت يعنى فيما اذا قال لها طلقى نفسك كما ذكره الشارح وذكر الشارح عقبه ان عدم الوقوع رواية عن الامام فيكون ما ذكره قاضيخان مخرجا على هذه الرواية (قوله ولا عبرة لما زادت او نقصت فى الوصف) وبهذا عرف ان المخالفة فى الوصف لا تبطل الجواب بخلاف المخالفة فى الاصل كما اذا فوض اليها واحدة فطلقت ثلاثا على ما مر نهر (قوله بطل الامر فى الصورتين ولم يقع شئ) لانه علق طلاقها بالمشيئة المطلقة منها وهى أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع بقوله شئت وان نوى اذ ليس فى كلامه ذكر الطلاق أصلا ولا فى كلامها حتى لو قالت شئت طلاقى ان شئت او قال الزوج شئت طلاقك ينويه يقع بخلاف أحببته ورضيته واردته والفرق ان المشيئة تنبئ عن الوجود لانها من الشئ وهو الموجود فكان شئت بمنزلة أوجدت وليس ايجاد الطلاق الا بايقاعه وأما الارادة فهى الطلب لغة وليس من ضرورة الطلب الوجود ولا مانع من التفرقة بالنسبة الى العباد عملا بالعرف غير ان الوجود فى المشيئة لما كان محتمل اللفظ لا موجبه احتاج الى النية وما ذكره الاتراري وهو الاتقانى من أنه يقع بقوله أردت طلاقك وارتضاه العينى رده فى النهر (قوله طلقت) لان التعليق بالكائن تنجيز فان قلت لو كان تنجيزا لكفر بقوله هو يهودي ان كان كذا الامر قد مضى قلت اختلف المشايخ فيه ولئن سلم نقول انه كناية عن اليمين بالله تعالى اذا كان مستقبلا وكذا اذا كان ماضيا اعتبارا بالمستقبل عينى (قوله ولا يتقيد بالمجلس) اما فى كلمة متى ومتى ما فلانها للوقت وهى عامة فى الاوقات كلها كانه قال فى أى وقت شئت وأما اذا واذا ما فكمتى عندهما وعند الامام وان كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالقيام من المجلس

بالشك

واحدة (و) لا فى (طلقى نفسك ثلاثا
ان شئت فطلقت) طلقة (واحدة
ولا) فى (عكسه) لا يقع عند ابى حنيفة
رحمه الله وعندهما تقع واحدة (ولو أمرها
بالبائن) بان قال لها طلقى نفسك واحدة
بائنة (او الرجعى) بان قال لها طلقى
نفسك واحدة رجعية (فعكست) بان
قالت طلقت نفسى واحدة رجعية فى
الاولى أو بائنة فى الثانية (وقع ما امر به)
ولا عبرة بما زادت او نقصت فى الوصف (ولو
قال) لها (أنت طالق ان شئت فقالت
شئت ان شئت فقال شئت) حال
كونه (ينوى الطلاق أو قالت شئت ان
كان كذا المعدوم) مثل ان تقول
شئت ان جاء المطر فى جواب قوله أنت
طالق ان شئت (بطل) الامر فى
الصورتين ولم يقع شئ (و) لو قالت شئت
(ان كان) كذا (لشئ مضى) أى ثابت
(طلقت) طلقة رجعية (و) لو قال لها
(أنت طالق متى شئت او متى ما شئت
او اذا شئت او اذا ما شئت فردت الامر)
بان قالت لا أشاء (لا يرتد) حتى يجوز
لها ان تشاء بعده وتطلق فى أى زمان
شاءت (ولا يتقيد بالمجلس ولا تطلق)

أى

بالشك نعم لوقال أردت مجرد الشرط لنا ان نقول يتقيد بالمجلس ويحلف للتهمة لكن كونه صار بيدها مناف لما مر من انه لم يملكها في الحال شيئا بل اضافه الى وقت مشيئتها فتدبر والحين كاذا كما في المحيط نهر (قوله لاتملك الطلاق الا طلقة واحدة) لانها تعم الازمان لا الافعال فتملك التطليق في كل زمان لا تطليقا بعد تطليق در (قوله لها ان تفرق الثلاث ولا تجمع) لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع أى لان كلما توجب عموم الفعل فردا لا جملة غاية (قوله بان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة) حتى تطلق ثلاثا بشرط ان يقع الاخريان في العدة او بعد تجديد النكاح حموى عن البرجندى (قوله ولا تجمع) وكذا ليس لها ان تطلق ثنتين أيضا ولو فعلت لم يقع شئ عند الامام وقالا يقع واحدة بناء على مامر نهر (قوله فان طلقت ثلاثا الخ) وكذا ان طلقت ثنتين كما سبق واعلم ان النسخة التي كتب عليها السيد الحموى وقع فيها فان طلقها الخ فلذا قال صوابه فان طلقت نفسها ثلاثا (قوله ولو طلقت بعد زوج آخر لا يقع) ان كانت طلقت نفسها ثلاثا متفرقة والا فلها تفريقها بعد زوج آخر وهى مسئلة الهدم الآتية در وقوله والا الخ أى وان لم تطلق نفسها ثلاثا متفرقة بان طلقت نفسها طلقة او طلقتين متفرقتين وما سيأتى في الشارح من قوله حتى لو طلقت ثلاثا الى آخره أى ثلاثا متفرقة (قوله فطلقت نفسها لم تطلق) لما قدمه الشارح من أن التعليق ينصرف الى الملك القائم دون المستحدث بخلاف ما اذا طلقت واحدة أو ثنتين ثم عادت بعد زوج آخر حيث يكون لها تفريق الثلاث لان المحل باق بعد الثنتين اذ المحلية باعتبار صفة الحل وهى قائمة بعد الطلقتين فتبقى اليمين وقد استفاد من جنس ما انعقد عليه اليمين فيسرى اليه حكم اليمين تبعا وان لم تنعقد اليمين عليه قصدا زيلعى من الباب الآتى وقوله بخلاف ما اذا طلقت واحدة أو ثنتين يعني متفرقتين (قوله لم تطلق حتى تشاء الطلاق في مجلسها) لان الطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويجعل مجازا عن الشرط الذى هو ان لان كلا منهما يفيد ضربا من التاخير وهو أولى من الغائه اصلا (قوله كيف شئت) في البحر عن المصباح كلمة كيف يستفهم بها عن حال الشئ وعن صفته يقال كيف زيد ويراد السؤال عن صحته وسقمه وعسره ويسره وغير ذلك وتأتى للتعجب والتوبيخ والانكار الخ (قوله يقع رجعية) لانه أوقع الطلاق وخيرها في وصفه نهر (قوله كما قال هذا المقال) الكاف للمفاجأة (قوله لا يقع مالم تشأ) لانه علقه بمشيئتها وعلى هذا الخلاف أنت حر كيف شئت وأثر الخلاف يظهر فيما لو قامت عن المجلس فعنده وقعت رجعية وعندهما لا يقع شئ نهر والحق قوله بحر (قوله أى نوى ماشاءت الخ) للمطابقة هذا في المدخول بها اما غير المدخول بها فتبين وخرج الامر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة وقول الزيلعي والعينى قبل الدخول صوابه بعد الدخول كما في النهر والدر (قوله وعند الجصاص يعتبر نية الزوج الخ) يتعين تقديمه على قوله ولو لم يحضر للزوج نية الخ ليرتبط بقوله اما اذا شاءت ثلاثا والزوج نوى واحدة الخ فسقط ما عساه ان يقال كلام الجصاص مشكل اذ كيف يستقيم اعتبار نية الزوج وفرض المسئلة انه لم يحضره نية (قوله تطلق ماشاءت) الى الثلاث ولا يكون بدعيا لانها مضطرة اليه نهر (قوله أى في المجلس) اعلم انه لا يقع شئ قبل مشيئتها اتفاقا لان كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد وليس الواقع الا بالعدد اذا ذكر فصار التفويض في نفس الواقع فلا يقع شئ مالم تشأ والواحد عدد في اصطلاح الفقهاء وما عامة تتناول الكل نهر (قوله فان قامت منه قبل أن تشاء بطل الامر) لانه أمر واحد وهو تمليك في الحال وليس فيه ذكر الوقت فاقتضى جوابا في المجلس كسائر التمليكات زيلعى (قوله وان ردت الامر ارتد) وكذا لو أتت بما يدل على الاعراض نهر (قوله وعندهما لها أن تطلق نفسها ثلاثا أيضا) لان ما للعموم ومن للبيان وله انها للتبعيض حقيقة اذا دخلت على ذى ابعاض والطلاق منه وما للعموم وقد امكن العمل بهما بأن يجعل المراد بعضا عاما والاثنتان كذلك لانه بالنسبة الى الواحد عام والى الثلاث بعض (تتمة) البعضية المعتبرة في من التبعيضية هى البعضية في الاجزاء لا البعضية في الافراد على خلاف التنكير الذى

لا تملك الطلاق (الا) طلقة (واحدة وفى) قوله أنت طالق (كلما شئت لها أن تفرق الثلاث) بأن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق ثلاثا (ولا تجمع) بأن تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة فان طلقت ثلاثا لا يقع شئ عند أبى حنيفة وعندهما وقعت واحدة (ولو طلقت بعد زوج آخر لا يقع) لان التعليق ينصرف الى الملك القائم دون المستحدث حتى لو طلقت ثلاثا وتزوجت بزوج آخر وعادت اليه فطلقت نفسها لم تطلق (وفى) قوله لها أنت طالق (حيث شئت واين شئت لم تطلق حتى تشاء) الطلاق (في مجلسها) قيد بالمشيئة في المجلس لانها لو قامت من مجلسها قبل ان تشاء فلا مشيئة لها في مجلس آخر حتى لا يقع شئ (وفى) قوله لها (كيف شئت يقع) طلقة (رجعية) كما قال هذا المقال قبل المشيئة وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع مالم تشأ (فان شاءت) واحدة (بائنة او ثلاثا) وقد كان الزوج (نواه) أى نوى ما شاءت (وقع) اما اذا شاءت ثلاثا والزوج نوى واحدة بائنة أو شاءت واحدة بائنة والزوج نوى الثلاث فتقع واحدة رجعية ولو لم يحضر الزوج نية لم يذكر في الاصل ويجب ان تعتبر مشيئتها فيما شاءت حتى لو شاءت ثلاثا أو واحدة بائنة ولم ينو الزوج وقع ما أوقعت بالاتفاق وعند الجصاص يعتبر نية الزوج لا مشيئتها (وفى) قوله أنت طالق (كم شئت أو) أنت طالق (ما شئت تطلق) نفسها (ما شاءت فيه) أى في المجلس فان قامت منه قبل أن تشاء شيئا بطل الامر (وان ردت) الامر بأن قالت لا أشاء (ارتد) فليس لها ان تشاء بعده (وفى) قوله (طلقى) نفسك (من ثلاث ما شئت) أو اختارى من الثلاث ما شئت (تطلق) نفسها (ما دون الثلاث) وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا عند أبى حنيفة وعندهما لها أن تطلق ثلاثا أيضا

للتبعيض على زعم الفاضل الشريف فان المعتبر فيه هي البعضية في الافراد لا البعضية في الاجزاء وبه تفارق من التبعيضية من البيانية على ما صرح به الرضي في شرح الكافية وانما قلنا في زعمه لانه مخالف لما ذكره الشيخ عبد القاهر في دلائل الاعجاز والعلامة الزمخشري صرح في مواضع من الكشاف بأنه قد يقصد بالتنكير الدلالة على البعضية في الاجزاء (فرع) قال للمدخول بهما طلقا أنفسكما ثلاثا فطلقت كل واحدة منهما نفسها وصاحبتها ثلاثا على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطليق الاولى وتطليق الثانية باطل ولو بدأت الاولى بتطليق صاحبتها ثم طلقت نفسها لم يقع عليها شئ لخروج الامر من يدها والفرق بين البداءة بنفسها وبصاحبتها لا يخفى ظهيرية قال شيخنا وان في لفظه تمليكا وتوكيلا لكل واحدة منهما فاذا بدأت بصاحبتها كانت متصرفة بجهة الوكالة واشتغالها به يوجب خروج الامر من يدها بخلاف ما لو بدأت بنفسها فان توكيلها لا يبطل به انتهى

(باب التعليق)

ذكره بعد تنجيز الطلاق صريحا وكناية لانه مركب من ذكر الطلاق والشرط فأخر عن المفرد وهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى وشرط صحته كون الشرط معدوما على خطر الوجود فالمحقق كان كانت السماء فوقنا تنجيز والمستحيل كان دخل الجمل في سم الخياط لم يقع وكونه متصلا الا لعذر وان يكون في المعينة بصريح الشرط لا بمعناه بخلاف غير المعينة حتى لو قال المرأة التي أتزوجها طالق طلقت بتزوجها ولو قال هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لانه عرفها بالاشارة فلا تؤثر فيها الصفة والتعريف بالاسم والنسب كالتعريف بالاشارة فلو قال فلانة بنت فلان التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق وان لا يقصد به المجازاة فلو قالت يا سفلة فقال ان كنت كما قلت فأنت كذا تنجز كان كذلك أولا وذكر المشروط فلو قال أنت طالق ان ولم يزد لم تطلق عند أبي يوسف وبه يفتى واوقعه محمد في الحال ووجود رابط حيث تأخر الجزاء نهر واعلم ان ما ذكره من ان الطلاق يتنجز اذا قالت له يا سفلة فقال لها ان كنت كما قلت الخ جرى عليه في الدرأيضا ويخالفه ما في شرح ابن الشلبي عن التجنيس حيث قال رجل قالت له امرأته يا سفلة فقال الزوج ان كنت سفلة فأنت طالق وأراد به التعليق لا يقع به الطلاق ما لم يكن سفلة وتكلموا في معنى السفلة روى عن أبي حنيفة ان المسلم لا يكون سفلة وانما السفلة هو الكافر وروى عن أبي يوسف انه الذي لا يبالي بما قال اه (قوله ان زرت فلانا فأنت طالق) الزيارة في العرف قصد المزور اكراما له واستئناسا به كذا في المصباح فينبغي توقف الحنث على زيارتها للاكرام حتى لو ذهبت من غير قصده لم يحنث وفي عرفنا زيارة المرأة لا تكون الا بالطعام معها يطبخ عند المزور نهر عن البحر (فرع) قال لامرأته ادخلي الدار وأنت طالق فهذا وقوله اذا دخلت فأنت طالق سواء حموي ولو قال ان قرأت القرآن فأنت طالق فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم ان نوى ما في سورة النمل يحنث وان نوى غير ما في سورة النمل أو لم يكن له نية لا يحنث لان الناس لا يريدون بها قراءة القرآن شرح ابن الحلبي (قوله فيقع الطلاق بعد الزيارة) والحيلة أن يطلقها واحدة وتنقضي العدة فتزور حتى تبطل اليمين ولا يقع الطلاق ثم يتزوجها فان زارته لا يقع شئ قال صدر الشريعة لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فحيلته أن يطلقها واحدة وتنقضي العدة فتدخل الدار حتى يبطل اليمين ولا يقع الثلاث ثم يتزوجها فان دخلت الدار لا يقع شئ وفي فتاوى قاضيخان قال لها ان وطئتك مادمت معي فأنت طالق ثلاثا فطلقها بائنة ثم تزوجها من ساعته ووطئها لا يحنث قال البرجندي فهذه الرواية تدل على انه انما يشترط انقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق رجعيا واما في الطلاق البائن فلا كذا بخط الحموي وفيه نظر لما سبق من انه اذا نجز ابانتها بعد تعليق البائن ثم وجد في العدة الشرط الذي علق عليه الابانة وقع المعلق أيضا واليه

(باب التعليق) (قوله حال كونه في الملك كقوله لمنكوحته ان زرت فلانا فأنت طالق) فيقع الطلاق بعد الزيارة (انما يصح) التعليق

أشار المصنف بقوله في باب الكنايات لا البائن الا اذا كان معلقا واذا كان المعلق يقع اذا وجد شرطه بعينه
أن تجز ابانتها حيث كان وجود الشرط في العدة فوقوعه فيما اذا وجد الشرط عقب ان تزوجها قبل
انقضاء العدة يكون بالطريق الاولى وانما لم يقع في مسئلة الخانية نظرا للفظ مادمت لانه بالطلاق انقطع
الدوام لا لان انقضاء العدة ليس بشرط بل هو شرط أيضا خلافا لما فهمه البرجندي فانه خطأ فاحش
فتدبر (قوله أو مضافا الخ) فيه ان قوله كان نكحتك فأنت طالق تعليق لا اضافة وان النكاح ليس
بملك وانما هو اسم العقد وأجيب عن الاول بأنه استعمل الاضافة في المفهوم اللغوي وغيره وعن الثاني
بأن الاضافة الى النكاح اضافة الى سبب الملك فاستعير اسم السبب للمسبب فكأنه قال ان ملكتك
بالنكاح نهر عن الفتح (قوله سواء خص مصرا الخ) بأن قال كل امرأة من مصر او من بني تميم أو كل بكر
أو ثيب أتزوجها طالق يصح عيني (قوله وقال مالك الخ) لان في التعميم سد باب النكاح على نفسه فلا
يصح وجوابه انه لا ينسد عليه بابه لان كلمة كل تقتضي التعميم دون التكرار فيمكنه ان يتزوجها بعد
ما وقع الطلاق عليها زيلعي (قوله وعند الشافعي لا يصح أصلا) لقوله عليه السلام لا نذر لابن آدم فيما
لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك ولا بيع فيما لا يملك ولنا ان التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته
على وجود ملك المحل كاليمين بالله تعالى وما رواه لم يصح قاله أحمد وقال ابو الفرج روي من طرق مجتنبة
وقال ابن العربي اخبارهم ليس لها أصل في الصحة فلا يشتغل بها ولئن صح فهو محمول على التنجيز
والتأويل منقول عن السلف كمكحول وسالم والشعبي والزهري وغيرهم والحيلة ان يتولى فضولي تزويجه
ثم يجيز هو النكاح بالفعل لا بالقول ذكره في الفتاوى أو يترافعا الى قاض شافعي فيحكم ببقاء النكاح ويفسخ
اليمين بعد دعواها النكاح والمهر فان امضاه قاض حنفي بعد ذلك كان احوط زيلعي وفي الدر عن محمد في
المضافة لا يقع وبه أفتى أئمة خوارزم وهو قول الشافعي وللحنفي تقليده بفسخ قاض بل محكم بل افتاء عدل
وهذا يعلم ولا يفتى به اه ففائدة علمه ان يعمل به لنفسه فلو استفتى فقيها عدلا فأفتاه ببطلان اليمين حل
له العمل بفتواه ولو افتاه آخر بالحرمة عمل بالافتاء الثاني في حق امرأة أخرى حموي (قوله كان نكحتك الخ)
ولو قال لامرأة ان تزوجتك فأنت طالق فتزوجها ثم دخل بها يجب مهر المثل بالوطء ونصف المسمى
بالطلاق قبل الدخول زيلعي من نكاح الرقيق وقال في المنتقى وان قال ان تزوجت فلانة فهي ثلاث وان
عقد لها فضولي فهي ثلاث وان حكم الحاكم فهي ثلاث فطريقه الحكم بفسخ اليمين بعد دعوى صحيحة قال
بعض المشايخ لا حاجة الى هذا التكلف فانه لو عقد له الفضولي تنحل اليمين لا الى جزاء ثم يجيزه بالفعل وكذا
رجل قال ان تزوجت امرأة فهي طالق ثلاثا فالمخلص ان يعقد فضولي فيجيز بالفعل حموي عن العلامة
قاسم (قوله فيقع الطلاق بعده) فيه اشارة الى ان الحكم يتأخر عنه وهو المختار لان الطلاق المقارن للنكاح
لا يقع ولهذا لو قال انت طالق مع نكاحك او في نكاحك لا يقع لان الطلاق ينافي النكاح فلا يتصور أن
يثبت الشيء منتفيا ولهذا لو قال لها تزوجتك على انك طالق صح النكاح ولم يقع شيء لانه تعذر اعتباره بدلا
أو شرطا لان البدل يقارن والشرط يتقدم فلغا بخلاف المضاف حيث يقع مقارنا للوقت المضاف اليه لان
المضاف سبب للحال والمعلق يكون سببا عند وجود الشرط فيتأخر الحكم عنه ضرورة وانما كان كذلك
لان المضيف يريد الحكم والمعلق يريد انتفاءه لان غرضه المنع من ايجاد الحكم زيلعي بخلاف ما لو قال مع
تزوجي اياك فانه يقع قيل والفرق ان الكلام في هذا تام لذكر الفاعل والمفعول فجعل مجازا عن الملك
ومع بمعنى بعد بخلاف ما مر اذ الكلام معه ناقص فلم تكن مع بمعنى بعد نهر ودر لكن قال السيد الحموي
وفيه تأمل (قوله أي بعد النكاح) لو قال أي بعد وجود الشرط فيهما كما في النهر أو ضم الزيادة الى النكاح
لكان اولى (قوله فلو قال لاجنبية الخ) قال الولوالجي اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصح ويصير
كأنه قال ان تزوجتك وطلقتك فعبدي حر ولو قال لها ان طلقتك فأنت طالق ثلاثا لا يصح لان ذكر الطلاق
ذكر للنكاح الذي لا يستغني عنه الطلاق لا ذكر لما لا يستغني عنه الجزاء اه كذا في شرح ابن الحلبي ورفع

(أو مضافا اليه) أي يصح التعليق حال كونه مضافا الى الملك أي سببه مطلقا سواء خص مصرا أو قبيلة أو وقتا أو لم يخص وهو قول عمر وقال مالك ان خص مصرا أو قبيلة صح والا لا وهو قول ابن أبي ليلى وابن مسعود وعند الشافعي لا يصح أصلا وهو قول ابن عباس (كان نكحتك فأنت طالق فيقع) الطلاق (بعده) اى بعد النكاح (ولو قال لاجنبية ان زرت فأنت طالق

للشيخ الشلبى سؤال محصله ان شخصا اراد التزوج وعلق قبل العقد انه متى تزوج غيرها طلقت طلقة تملك بها نفسها ثم رجع عن التعليق بعد صدور العقد فهل الرجوع عن التعليق صحيح فكتب فى جوابه التعليق المذكور صحيح لانه مضاف لسبب الملك تقديرا فكانه قال ان تزوجتك وتزوجت عليك الخ والرجوع عن التعليق المذكور غير صحيح لكن اذا رفع هذا التعليق لحاكم لا يراه وابطله نفذ ابطاله اه فعلى هذا يعم فى قول المصنف او مضافا اى ولو تقديرا وقال فى أيمان الذخيرة نقلا عن الفضلى قال لاجنبية ان تزوجت عليك فانتما طالقان او قال فأنت طالق وهى طالق فتزوجها ثم تزوج عليها ساطتا اه كذا بخط الحموى ثم اعلم ان ما نقله ابن الشلبى عن الولوالجى وما اجاب به الشلبى عما رفع اليه من السؤال وكذا ما نقله السيد الحموى عن الذخيرة يعكر عليه قول المصنف فلو قال لاجنبية ان زرت فأنت طالق الخ اذ قياس ما ذكره الولوالجى وغيره مما قدمناه وقوع الطلاق اذا نكحها فزارت بأن يقال تقدير قوله ان زرت فأنت طالق ان تزوجتك وزرت فأنت طالق فتدبر (قوله فنكحها فزارت لم تطلق) وقال ابن ابى ليلى تطلق لان المعتبر فى وقوع الطلاق وقت وجود الشرط ولا معنى لاشتراطه قبله ولنا ان الجزاء لابد ان يكون ظاهرا او لازما ليكون مخيفا فتوجد ثمرة اليمين فيه وذلك انما يتحقق اذا كان مالكا أو أضافه الى الملك فلا ينعقد بدونهما ولا يقال يضم له الملك فيكون التقدير ان تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق لانا نقول ان اليمين مذموم لقوله تعالى ولا تطع كل حلاف مهين فلا يحتال لتصحيحه زيلعى ورده فى العناية بأن التعليق ليس بيمين حقيقة فالصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا او مقتضى لا جائز ان يراد الاول لان المذكور غير متوقف عليه لغة ولا الثانى لان من شرطه أن يكون المقدر أحط رتبة من المذكور وأن لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان نهر وقول الزيلعى لنا ان الجزاء لابد أن يكون ظاهرا أو لازما فيه لف ونشر مرتب فالاول ناظر الى التعليق فى الملك والثانى ناظر الى الاضافة فان الطلاق فيه لازم للتزوج بها كذا بخط شيخنا واعلم ان قول الزيلعى ولا يقال يضم له الملك الخ مخالف لما سبق من جعل الاضافة الى سبب الملك مقدرة فتحصل من هنا ومما سبق ان فى المسئلة اختلافا وانه لا يشترط لصحة اليمين على ما ذكره الولوالجى ومن وافقه كالفضلى وصاحب الذخيرة التصريح بالاضافة الى سبب الملك بل يكتفى بالتقدير خلافا للمصنف وشراحه فتدبر واعلم انه يلزم على جعل الاضافة الى السبب مقدرة أن يكون الحكم حينئذ كمذهب ابن أبى ليلى بلا فرق وان اختلف التوجيه ثم ظهر لى ما به يحصل التوفيق بأن يقال ما ذكره الولوالجى ونحوه يحمل على ما اذا نوى كون الاضافة مقدرة ويحمل ما ذكره المصنف على ما اذا لم ينو ذلك فتدبر (قوله والفاظ الشرط ان) المكسورة بدأ بها لانها اصل الباب وجوزى بغيرها التضمنه معناها وبكل مع اختصاصها بالاسم لاتصافها بفعل لا محالة فكان فى معنى الشرط فلو فتحها وقع للحال وهو قول الجمهور لانها للتعليل ولا يشترط وجود العلة وزعم الكسائى مناظر الشيبانى فى مجلس الرشيد انها شرطية بمعنى اذا وهو مذهب الكوفيين ورجحه فى المغنى وعلى كل حال فاذا نوى التعليق ينبغى أن تصح نيته نهر وقوله ينبغى أن تصح نيته أى يدين كما فى الدر وانما كانت ان هى الاصل لانها حرف الشرط وما وراءها ملحق بها لما فيها من معنى الشرط لانها تدل على الوقت الذى هو علم عليه زيلعى وقوله فى النهر وجوزى بكل مع اختصاصها بالاسم لاتصافها بفعل لا محالة يشير الى ما نقله السيد الحموى عن الهداية حيث قال واعلم ان كل وكلما كلمة ليس فيها شرط حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشروط لتعلق الفعل بالاسم الذى يليه مثل قولك كل عبد اشتريه فهو حر اه (قوله واذا) والغالب ان تكون ظرفا للمستقبل مضمنا معنى الشرط وتختص بالدخول على الفعلية ويكثر كون الفعل ماضيا واما نحو اذا السماء انشقت فالسماء فاعل لفعل محذوف لا مبتدأ والمحققون على ان العامل شرطها لا ما فى جوابها من فعل أو شبهه كما قال الاكثر والجمهور على أنها لا تخرج عن الظرفية قيل وقد تخرج عن الشرطية نحو والذين اذا أصابهم البغى هم

فنكحها فزارت لم تطلق) هذا تحته لا قبله (والفاظ الشرط ان واذا واذا ما

يتصرون فاذا ظرف للخبر ولو كانت شرطية والجملة اسمية لوجب اقترانها بالفاء وقول بعضهم انه على اضمارها مردود نهر (قوله وكل) نقل السيد الحموى عن البرجندى ما يقتضى ان لفظة كل ليست من كلمات الشرط الا اذا اتصل بها ما ونصه كلمة كل اذا اتصل بها ما عدت من كلمات الشرط الا انها لا يجزم بها و فى النهر كل اسم جمع وضع لمتعدد مع انه لا واحد له من لفظه فهو عام معنى لاستغراق أفراد المنكر نحو كل نفس ذائقة الموت والمعرف المجموع نحو وكلهم آتيه واجزاء المفرد المعرف نحو كل زيد حسن فاذا قلت أكلت كل رغيف لزيد كان لعموم الافراد فاذا أضيف الرغيف لزيد صار لعموم أجزاء فرد واحد الخ (قوله وكلما) ما هذه الزائدة جعلت مع كل كلمة واحدة وبنى على الفتح أو هو منصوب على الظرف وقيل كلمة ما مصدرية برجندى وقال العينى زيد على كل ما للتوكيد ثم قيل يجوز أن تكون حرفا مصدريا وأن تكون اسما نكرة اه وهذا سهو ظاهر اذ الزائدة لا تكون كذلك وكيف تكون زائدة مع انها أفادت معنى لم يكن موجودا قبل نعم نقل النحاة ان كلما المقتضية للتكرار منصوبة على الظرفية والعامل فيها محذوف دل عليه جواب الشرط والتقدير أنت طالق كلما كان كذا وكذا وما التى معها هى المصدرية التوقيتية وزعم ابن عصفور انها مبتدأ وما نكرة موصوفة والعائد محذوف وجملة الشرط والجزاء فى موضع الخبر ورده أبو حيان بأن كلما لم تسمع الا منصوبة وانت خبير بأن هذا بعد تسليمه لا ينافى كونها مبتدأ اذ الفتحة فيها فتحة بناء و بنيت لاضافتها الى مبنى ومحل الخلاف وجود الفاء فان لم تكن فالعامل هو الجواب على ان بعضهم جوز ذلك مع الفاء ذكره أبو البقاء فى قوله تعالى وأما بنعمة ربك فحدث نهر قال الحموى وفى بعض كلامه تأمل اه ولو أبدل العينى ثم بالواو لكان أولى ليكون الكلام مفهما ان القول بأنه حرف مصدرى مقابل لما قدمه من انه زيد للتأكيد ثم رأيت فى البحر بعد ان نقل عن الرضى ان ما تزاد على الخمس كلمات المذكورة ما نصه ولم يذكر ما فى كلما لكونها ليست زائدة لافادتها التكرير ولهذا قال وتفيد كل التكرار بدخول ما عليه دون غيره من أدوات الشرط انتهى (تتمة) من ألفاظ الشرط لو ومن وأى وأيان وأين وأنى (فرع) قال كلما قعدت عندك فامرأتى طالق فقعد عنده ساعة طلقت ثلاثا لان الدوام على القعود وعلى كل ما يستدام بمنزلة الانشاء ولو قال كلما ضربتك فأنت طالق فضربها بيديه جميعا طلقت ثنتين وان ضربها بكف واحدة لا تطلق الا واحدة وان وقعت الاصابع متفرقة لان فى اليدين تكرار الضرب بكل يد ضربة على حدة وأما فى الوجه الثانى لم يتكرر الضرب لان الاصل فى الضرب هو الكف والاصابع تبع فلم يتعدد الضرب حموى عن ابن الشلبى (قوله والشرط العلامة) لانه مشتق من الشرط بفتحتين الذى هو بمعنى العلامة حموى ثم الجواب اذا تأخر عن الشرط يكون بالفاء ان لم يؤثر فيه الشرط لا لفظا ولا معنى وذلك فى سبع مواضع نظمت فى قوله

طلبية واسمية وبجامد * وبما ولن وبقد وبالتنفيس

وان تقدم فلا تدخل فيه الفاء واختلفوا فيه هل هو الجزاء أو يقدر بعد الشرط من جنسه فاذا عرفنا هذا فنقول لو قال لامرأته ان دخلت الدار أنت طالق طلقت للحال لعدم الرابط وهو الفاء فان نوى تعليقه يدين وكذا ان نوى تقديمه وفى رواية عن أبى يوسف لا يتنجز حملا لكلامه على الفائدة وهو أولى من الغائه فتضمر الفاء كقوله

من يفعل الحسنات الله يشكرها * والشر بالشر عند الله مثلان

وهذا يبطل بما اذا اجاب بالواو فانه يتنجز ويلغو الشرط مع انه يمكن تعليقه حتى لو نواه يدين ولو أخر الشرط وادخل الفاء فى الشرط يعنى بأن قال أنت طالق فان دخلت الدار لا رواية فيه ويمكن ان يقال يتنجز لان الفاء فاصلة ويمكن أن يقال يتعلق لان الفاء حرف تعليق زيلعى والاول أوجه كما فى النهر عن الفتح اذ التعليق حينئذ ليس مدلولا للفظ والفاء وان كان حرف تعليق لكنه لا يوجبه الا فى محله فلا أثر له هنا ولو أتى بالواو طلقت بكل حال لانها فى مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور تقديره ان لم تدخلى

وكل وكلما ومتى ومتى ما والشرط العلامة ومنه اشراط الساعة اى علاماتها

وان دخلت وان هذه هى الوصلية اه ولوقال أنت طالق ان فعند محمد يتنجز لعدم ذكر ما يتعلق به وعند أبى يوسف لا زيلعى وبقول أبى يوسف يفتى بحر (قوله فسميت هذه الالفاظ به الخ) قال فى النهر سمى بذلك لانه علامة على ترتب الثانية على الاولى وسمى الثانى جوابا لانه لما لزم على القول الاول صار كالجواب الآتى بعد كلام السائل وجزاء تجوزا لانه لما ترتب على فعل آخر أشبه الجزاء (قوله لاقترانها بالفعل) حقيقة او حكما نحو كل عبد أشترى به (قوله ففيها ان وجد الشرط انتهت اليمين) أى تمت واذا تمت حنث (قوله فلا يتحقق الحنث بعده) ثانيا الا بيمين أخرى لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة نهر (قوله الا فى كلما) وافاد حصره ان متى لا تفيد التكرار وقيل تفيده والحق انها لا تفيد عموم الاوقات ففى متى خرجت فأنت طالق المفاد أن اى وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فاذا تحقق فى وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر واى كذلك حتى لوقال أى امرأة أتزوجها فهى طالق كان على امرأة واحدة كما فى المحيط وغيره بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث يعم بعموم الصفة واستشكل لم لم يعم أى امرأة أتزوجها بعموم الصفة نهر ولودخلت امرأة الدار مرارا بعد قول الزوج من دخلت منكن الدار فهى طالق تكرر الوقوع كما فى الدراية قال فى النهر وهى غريبة وعزا المسئلة فى الدر الى الغاية ثم قال وجعله فى البحر احد القولين واقول فى عزو حكاية الخلاف للبحر نظر لان عبارته خالية عن التصريح بذكره ونصه ولم يذكر من مع أنها من الجوازم لفظا ومعنى ومن مسائلها فرع غريب فى المعراج رجل قال لنسوة له من دخلت منكن الدار فهى طالق فدخلت واحدة مرارا طلقت بكل مرة لان الدخول اضيف الى جماعة ويراد به تعميمه عرفا كقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فانه افاد عموم الصيد ولهذا ذكر محمد فى السير الكبير لوقال الامير من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما قيل لا حجة لمحمد فى الاستشهادين لان الصيد فى قوله لا تقتلوا الصيد عام باعتبار اللام الاستغراقية والقتل عام لوقوعه فى سياق الشرط وكانه فى الدر فهم من قوله قيل لا حجة لمحمد الخ انهما يقولان بخلافه فكان المناسب ان يقول وكلامه فى البحر يشير الى انه احد قولين على ان ذلك ليس بلازم اذ يحتمل ان عزو المسئلة لمحمد لانه المخرج لها فقط فتدبر (قوله فان اليمين جرى الخ) اى جعل جزاؤه ثلاث تطليقات حموى وهذا فى حق المنكوحة واما غيرها فاليمين غير متناه كقوله كلما تزوجت امرأة فهى طالق تكرر دائما ولو بعد زوج آخر كذا يستفاد من الزيلعى وغيره (قوله لاقتضائه عموم الافعال) تعليل لعدم انتهاء اليمين فان قلت كيف تصح هذه الدعوى والحال انه لوقال لها كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلت ثلاث مرات فبانت بثلاث ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار لا يقع شئ قلت الدعوى صحيحة ولكن الفعل الموجود بعد عودها اليه غير الفعل الاول لان المحلوف عليه فى الاول طلقات ذلك الملك وهى متناهية فتناهى لاجل ذلك لا لان اللفظ لا يقتضيه حتى لو اضافه الى سبب الملك بأن قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق تكرر دائما لانعقادها بسبب ما يحدث من الملك وذلك لا نهاية له ولما كان بين كلما وكل اشتراك فى العموم شبه أحدهما بالآخر بقوله كاقتضاء كل عموم الاسماء غير أن عموم كلما فى الافعال وعموم كل فى الاسماء وعموم الفعل فيه ضرورى فلوقال كل امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة حنث وانحلت اليمين فى حقها وبقيت فى حق غيرها واذا تزوجها بعد ذلك لا يقع شئ لعدم تجدد الاسم فاذا تزوج غيرها حنث لبقاء اليمين فى حقها وكذا اذا تزوج اخرى وأخرى بعد أخرى الى ما لا يتناهى ثم فرع على ذلك بالفاء بقوله فلوقال كلما تزوجت امرأة فهى طالق يحنث بكل امرأة أى يقع الطلاق كلما تزوج امرأة لان صحة هذه اليمين باعتبار ما سيحدث من الملك وهو غير متناه ولو كان التزوج بعد زوج آخر لكونها مطلقة بالثلاث وعن أبى يوسف لا يقع شئ بعد زوج آخر ولا يحنث فى امرأة واحدة مرتين فجعلها ككلمة كل ولو كانت اليمين على امرأة معينة بأن قال كلما تزوجتك أو كلما تزوجت فلانة تكرر دائما عينى (قوله فلوقال كلما تزوجت الخ) وكذا لوقال كلما تزوجتك در (فرع) قال ان تزوجت امرأة فهى طالق ثلاثا وكلما حلت حرمت فتزوجها فبانت

بثلاث

فسميت هذه الالفاظ به لاقترانها بالفعل الذى هو شرط الحنث أى علامته لان الجزاء انما يتعلق بما هو على خطر الوجود وهو الافعال لا الاسماء لاستحالة معنى الخطر فيها (ففيها ان وجد الشرط انتهت اليمين) فلا يتحقق الحنث بعده الا فى كلما فان اليمين جرى بتطليقات ثلاث ولا ينتهى حتى يستوفى الثلاث (لاقتضائه عموم الافعال كاقتضاء كل عموم الاسماء فلوقال كلما) تزوجت امرأة فهى طالق (حنث بكل مرة

بثلاث ثم تزوجها بعد زوج آخر قال يجوز فان عنى بقوله كلما حلت حرمت الطلاق فليس بشئ وان لم يكن
أراد به طلاقا فهو يمين شرنبلالية ومن فروع كلما لو قال للمدخول بها كلما طلقتك فأنت طالق فطلقها
واحدة وقع الثنتان ولو قال كلما وقع عليك طلاقى أى فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث والفرق ان
الشرط فى الثانية اقتضى تكرره بتكرر طلاقه ولا يقال طلقها اذا طلقت بوجود الشرط فيقع تطليقتان
احداهما بحكم الايقاع والاخرى بحكم التعليق نهر (قوله ولو بعد زوج آخر) لانعقادها بسبب ما يحدث
من الملك وذلك لانهاية له كما سبق (قوله بأن طلقها واحدة أو ثنتين) قيد بذلك لما سيأتى من ان زواله
بالثلاث مبطل لليمين حيث قال المصنف ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه الا اذا كانت مضافة الى سبب الملك
فحينئذ لا يبطل بالثلاث حموى عن المفتاح (قوله لا يبطل اليمين) لان الشرط لم يوجد والجزاء باق لبقاء
محله فلو أبانها وانقضت عدتها بعد التعليق ثم نكحها فوجد الشرط طلقت قيد بزوال الملك لان زوال
امكان البر المصحح للتعليق مبطل له (فرعان) الاول حلف بالطلاق ليؤدين له اليوم كذا فعجز بأن لم يكن
معه شئ ولم يوجد من يقرضه والثانى متى نقلها أو تزوج عليها وأبرأته من كذا من صداقها فقد وقع لها
بجميع ماعليه قبل الشرط هل تبطل مال صاحب البحر الى عدم حنثه فى الفرع الاول وأخوه الى حنثه فيه
واتفقا على بقائها فى الفرع الثانى فصاحب البحر استدل بما فى القنية من انه متى عجز عن اليمين واليمين
موقتة فانها تبطل لانه يقتضى بطلانها فى الفرع الاول وحاصل ما استدل به فى النهر على الحنث التفرقة
بينما اذا كان شرط الحنث عدميا وعجز عن مباشرته فالمختار الحنث وان كان وجوديا وعجز فالمختار عدمه
كما فى عقد الفرائد لانه يفيد الحنث فى مسئلتنا اذ شرط الحنث فيها عدمى وأما الثانى ففى نظم ابن وهبان
لو قبض البائع الثمن ثم أبرأ البائع المشترى منه صح الابراء ورجع على البائع بما دفعه اليه وهذا يقتضى
بقاء اليمين لصحة الابراء بعد القبض ويرجع بما وقع الابراء به عليها اذ لا فرق بين دين ودين والمراد براءة
الاسقاط لا براءة الاستيفاء وفى القنية ان سكنت فى هذه البلدة فامرأته طالق وخرج فى الفور وخلع
امرأته ثم سكنها قبل انقضاء العدة لا تطلق لانها ليست امرأته وقت وجود الشرط نهر وهذا هو الفرق بين
هذه وبين نحو ان دخلت الدار فأنت طالق أو بائن فخلع ثم دخلت فى العدة طلقت أو بانت فكانا
مختلفين باختلاف الجزاء اذ هو فى مسئلة القنية فامرأته طالق وفيما ذكر فأنت الخ بحر ووجهه انها بالخلع
لم تبق امرأته (قوله فان وجد الشرط فى الملك) هذا شامل لما اذا وجد فى العدة (قوله طلقت وانحلت
اليمين) أى انتهت لان بقاءها ببقاء الشرط والجزاء ولا وجود لهما نهر (قوله فطلقها الخ) يشير الى
ماذكروه من انه اذا علق الثلاث بدخول الدار فحيلته أن يطلقها واحدة ثم بعد العدة تدخلها فتنحل اليمين
فينكحها در (قوله ولكن انحلت لوجود الشرط) نكتة الاتيان بالاستدراك ما يتوهم من بقاء اليمين
وان وجد الشرط لكونه وجد فى غير الملك (قوله فى وجود الشرط) أى تحققه وثبوته سواء كان وجوديا
أو عدميا نهر قال بعض الفضلاء الظاهر انه لو أسقط لفظ الوجود كان أولى حموى عن الغنيمى لافادته
عموم الاختلاف فى أصله كافادته الاختلاف فى وجوده شيخنا ومفاده انه لو علق طلاقها بعدم وصول
نفقتها أياما فادعى الوصول وأنكرت ان القول له وبه جزم فى القنية لكن صحح فى الخلاصة والبزازية ان
القول لها واقره فى البحر والنهر وهو يقتضى تخصيص المتون لكن قال المصنف وجزم شيخنا فى فتاواه
بما يفيده المتون والشروح لانها الموضوعة لنقل المذهب در (قوله الا اذا برهنت) سواء كانت
بينة على نفى أو اثبات فقد ذكر السرخسى ان الشرط يجوز اثباته بالبرهان وان كان نفيا كما لو قال لعبده
ان لم أدخل الدار اليوم فأنت حر فأقام بينة انه لم يدخل تقبل قيل فعلى هذا يتخرج جواب واقعة الفتوى
لو جعل أمرها بيدها ان ضربها بغير جناية ثم ضربها وقال ضربتها بجناية واقامت بينة انه ضربها بغير
جناية ينبغى أن تقبل وفى شهادات الصغرى ان لم تجئ صهرتى الليلة ولم أكلمها فامرأته كذا فشهدا انها
لم تجئ ولم يكلمها قبلت لكن يشكل بما سيأتى لو قال ان لم أحج العام فعبدى حر فشهدا بنحره بالكوفة

(ولو) تزوجها (بعد زوج آخر وزوال
الملك) بعد اليمين بأن طلقها واحدة أو
ثنتين وانقضت عدتها (لا يبطل اليمين)
فان وجد الشرط فى الملك طلقت وانحلت
اليمين (والا) أى وان لم يوجد فى الملك
بأن قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت
طالق فطلقها قبل وجود الشرط
ومضت العدة ثم دخلت الدار (لا)
تطلق (و) لكن (انحلت) اليمين
(وان اختلفا فى وجود الشرط) بأن
قال الشرط لم يوجد وقالت وجد (فالقول
له) لانه منكر (الا اذا برهنت)

لم تقبل عندهما خلافا لمحمد لانها قامت على النفى معنى نعم ان كان عدم القبول لاشتراط دعوى العبد كما قد قيل فلا اشكال نهر (قوله أى ان أقامت المرأة بينة) المناسب برهانا حموى يعنى ليناسب قول المصنف برهنت (قوله فالقول لها) وقع فى الوقاية انه قال صدقت فى حقها خاصة وظاهره انه لا يمين عليها ويدل عليه قولهم ان الطلاق معلق باخبارها وقد وجد ولا فائدة فى التحليف لانه وقع بقولها والتحليف لرجاء النكول وهى لو أخبرت ثم قالت كنت كاذبة لا يرتفع الطلاق لتناقضها بحر ونهر ودرر لكن نقل الحموى عن رمز المقدسى ان عليها اليمين بالاجماع اذ ليس هذا من المواضع المستثناة من قولهم كل من قبل قوله فعليه اليمين والمراهقة كالبالغة واختلف فيما لو قال لعبده ان احتلمت فانت حر فقال احتلمت فروى هشام انه لا يصدق والاصح انه يصدق لان الاحتلام لا يعرفه غيره كالحيض نهر (قوله فى حقها لا فى حق غيرها) لانها أمينة فى حق نفسها اذ لا يعلم الا من جهتها وشاهدة فى حق غيرها بل متهمة فلا يقبل (قوله كان حضت الخ) قيد به لانه لو قال لامرأتيه ان حضتما حيضة أو ولدتما ولدا فأنتما طالقان فولدت أو حاضت احداهما طلقتا لانه يراد به احداهما لاستحالة اجتماعهما فى ولد واحد أو حيضة واحدة بخلاف ما اذا قال ان حضتما أو ولدتما فانتما طالقان حيث يعتبر وجوده منهما للامكان زيلعى فى الصرف فعلى هذا يشترط لوقوع الطلاق عليهما وجود الولادة أو الحيض منهما حتى لو ولدت احداهما أو حاضت لم تطلق واحدة منهما (قوله تحبينى) بنون الوقاية وبدونها لانها ليست بلازمة فى المضارع الذى آخره نون الاعراب وعند ذكرها يجوز الفك والادغام ثم اعلم ان التعليق بالمحبة كالتعليق بالحيض لا يفترقان الا فى شيئين أحدهما ان التعليق بالمحبة يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق والتعليق بالحيض لا يبطل بالقيام كسائر التعليقات والثانى انها ان كانت كاذبة فى الاخبار تطلق فى التعليق بالمحبة لما قلنا وفى التعليق بالحيض لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى زيلعى (قوله فقالت حضت) وانما يقبل قولها اذا اخبرت والحيض قائم فاذا انقطع لا يقبل قولها لانه ضرورى فيشترط فيه قيام الشرط زيلعى ولم ار ما لو كانت صغيرة لا يحيض مثلها أو آيسة وينبغى أن يقبل قول الآيسة لا الصغيرة نهر ولو قال لها وهى حائض اذا حضت فأنت طالق او وهو مريض اذا مرضت فهو على حيض ومرض مستقبل فاذا عنى ما يحدث من هذا الحيض او ما يزيد من هذا المرض فهو كما نوى بخلاف ما اذا قال صحيحا ان صححت او بصيرا ان ابصرت او سميعا ان سمعت فانها تطلق حين سكت شرنبلالية عن السراج (قوله طلقت هى فقط) يعنى اذا كذبها الزوج باجماع الاربعة فان صدقها طلقت فلانة ايضا وكذا تطلق فلانة اذا علم وجود الحيض منها نهر عن الجوهرة للحدادى (قوله وان كذبت عندهما) لان المحبة لا تكون الا بالقلب فلا يفيد تقييدها به ولو قال ان كنت تحبين عذاب الله فأنت طالق فقالت احب طلقت لعدم التيقن بكذبها لانها قد تحب التخلص منه ولو بالعذاب لشدة بغضه نهر (قوله وعند محمد لا تطلق اذا كانت كاذبة فيما بينه وبين الله تعالى) لان الاصل فى المحبة القلب واللسان خلف عنه والتقييد بالاصل يبطل الخلفية ونحن نقول لا يمكن الوقوف على ما فى قلبها فنقل الى الخلف مطلقا زيلعى والخلف اخبارها عن المحبة بقولها احبك صادقة كانت او كاذبة لكن قول الشارح وعند محمد مخالف لما نقله الحموى عن المفتاح حيث ذكر زفر مكان محمد والظاهر ان الصواب فى عبارة المفتاح ابدال زفر بمحمد يدل عليه أول كلامه حيث قال ولو قال ان كنت تحبينى بقلبك فأنت طالق فقالت احبك وهى كاذبة طلقت قضاء وديانة عندهما الخ (قوله وبرؤية الدم الخ) فى تعبير المصنف بالواو دون الفاء ايماء الى ما ذكره عزمى من أن هذه المسئلة مبتداة وليست بمتفرعة على ما قبلها كما يظهر من الهداية والوقاية وغيرهما وحينئذ فلا يظهر وجه الفاء فى قول الدرر فيحكم بالطلاق بعد الدم ثلاثة أيام من اولها (قوله وقع الطلاق من حين رأت) فكان حيضا من الابتداء وفائدة هذا الاستناد تظهر فيما اذا كانت غير مدخول بها كما سيذكره الشارح او كان المعلق بالحيض عتقا فجنى العبد أو جنى عليه

أى اقامت المرأة بينة فان القول
قولها (وما لم يعلم الا منها فالقول لها فى
حقها) لا فى حق غيرها (كان حضت
فانت طالق وفلانة او ان كنت تحبينى
فانت طالق وفلانة فقالت حضت
او احبك طلقت هى فقط) ولم تطلق
فلانة ولو قال ان احببتنى بقلبك فانت
طالق فقالت احبك طلقت قضاء وفيما
بينه وبين الله تعالى وان كذبت
عندهما وعند محمد لا تطلق اذا كانت
كاذبة فيما بينه وبين الله تعالى
(وبرؤية الدم) بعد ما قال ان حضت
فانت طالق (لا يقع) الطلاق لاحتمال
أن ينقطع فيما دون الثلاث (فان
استمر) الدم (ثلاثا) من الايام والليالى
(وقع) الطلاق (من حين رأت) الدم
حتى لو لم يكن مدخولا بها فتزوجت
بزوج آخر بعد الرؤية

بعد رؤية الدم قبل ان يستمر فاذا استمر صح النكاح وكانت الجناية جناية الاحرار وفيما اذا خالعها في الثلاث
حيث يبطل الخلع لانها مطلقة قاله الحدادي ونظر فيه بان البائن يلحق الصريح لكن الظاهر أنه محمول
على ما اذا لم تكن مدخولا بها وعليه فلا اشكال وعلى المفتي ان يقول طلقت حين رأت الدم ولا تحتسب
هذه الحيضة من العدة لان الشرط حيث كان هو رؤية الدم لزم ان يكون الوقوع بعد بعضها ومن ثم قالوا
ان الوقوع بدعي نهر (قوله ثم تمادى الخ) ولو ماتت بعد ان تزوجت من ساعتها كان ميراثها للزوج الاول
دون الثاني نهر عن الخانية (قوله يقع الطلاق حين تطهر) لان الحيضة بالتاء هي الكامل منها وكمالها
بانتهائها وذلك بالطهر در ر قيد بقوله ان حضت لانه لو قال لها انت كذا قبل ان تحيضي حيضة طلقت
اذا حاضت ولا ينتظر طهرها نهر (قوله فولدتهما واحدا بعد واحد) فلو ولدتهما معا وقع الثلاث وتعتد
بالاقراء ولو ولدت معه جاريتين وقع ثنتان قضاء وثلاث تنزها لان الغلام اذا كان اولا تطلق ثلاثا واحدة به
وثنتان بالجارية الاولى وان كان آخرا وقع ثنتان بالجارية الاولى ولم يقع بالثانية شيء ولا بالغلام ولو ولدت
غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث قيد بالولادة لانه لو قال ان كان حملك غلاما فانت
طالق واحدة وان كان جارية فثنتان فولدتهما والمسألة بحالها لم تطلق لانه اسم جنس مضاف فيعم كله فالم
يكن الكل غلاما او جارية لم تطلق ولو قال ان كان ما في بطنك غلاما والباقي بحاله وقع الثلاث نهر ولو علق
طلاقها بحبلها فالمستحب أن لا يطأها الا بالاستبراء لتصور حدوث الحبل ولا يقع الطلاق ما لم تلد لاكثر
من سنتين من يوم اليمين لانه علقه بحدوث الحبل بعد اليمين ويتوهم حدوث الحبل قبل اليمين الى سنتين
فوقع الشك في الموقع فلا يقع بالشك كذا في المحيط وذكر قاضي خان انه لو قال ان لم تكوني حاملا فانت
طالق ثلاثا فجاءت بولد لاقل من سنتين بيوم منذ وقت اليمين لا تطلق في الحكم وان جاءت لاكثر من سنتين
بيوم طلقت فان حاضت بعد اليمين لا يقربها لاحتمال ان لا تكون حاملا وكذا اذا لم تحض لا ينبغي ان
يقربها حتى تضع وقدمنا ان الولادة لا تثبت بقولها اتفاقا بل لا بد من نصاب الشهادة عنده وامرأة
عندهما ولو علق طلاقها بولادتها ولدا فولدت ميتا طلقت وفي المحيط كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت
ولدين بينهما أقل من ستة أشهر طلقت بالاول وانقضت عدتها بالثاني ولا يقع طلاقا آخر ولو ولدت ثلاثا
بين كل ولدين ستة أشهر وقع ثلاث وتعتد بثلاث حيض ولو قال لامرأته الحائض كلما ولدت فانت طالق
للسنة فولدت ثلاثة في بطن واحد لم يقع عندهما حتى تطهر من نفاسها فيقع في كل طهر تطليقة وعند محمد
وزفر طلقت واحدة بالولد الاول وتنقضي عدتها بالاخير بحر (قوله والحال انه لم يدر الاول) فلو علم وقع
المعلق بالسابق ولا يقع بالاخير شيء لان الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع (قوله وثنتين تنزها)
لو قال وأخرى تنزها لكان أظهر لايهام العبارة ان الثنتين غير الواحدة وان سلم عدم الايهام فالتنزهية
انما هي واحدة فقط والاخرى قضاء حموي عن بعض الفضلاء (قوله فالاحوط ان لا يتزوجها) أي
الا بعد زوج آخر (قوله ومضت العدة) أي انقضت بوضع الحمل قال في الغاية ولا رجعة ولا ارث
حموي عن ابن الشلبي (قوله التباعد عن مكان الحرمة) والمراد بمكان الحرمة مظانها كما ذكره الكمال
قال ومن قال ديانة أي من فسر التنزه بالديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى فقد أخطأ (قوله والملك
يشترط لآخر الشرطين) دون اولهما يعني بعد انعقاد اليمين لقوله أول الباب انما يصح في الملك او مضافا
كذا في النهر ثم ظاهر اطلاق المصنف انه لا فرق في اعتبار وجود آخر الشرطين في الملك بين أن يكرر أداة
الشرط مع حرف العطف أولا وليس كذلك قال في البحر والحاصل انه اذا كرر اداة الشرط من
غير عطف فان الوقوع يتوقف على وجودهما سواء قدم الجزاء عليهما أو أخره عنهما أو وسطه لكن ان
قدمه أو أخره فالملك يشترط عند آخرهما وهو الملفوظ به أولا على التقديم والتأخير وان وسطه فلابد
من الملك عندهما وان كان بالعطف فانه موقوف على أحدهما ان قدم الجزاء أو وسطه واما اذا أخره
فانه موقوف عليهما وان لم يكرر اداة الشرط فانه لا بد من وجود الشيئين قدم الجزاء عليهما أو اخره عنهما

ثم تمادى بها الدم كان النكاح صحيحا
(وفي ان حضت حيضة تقع) الطلاق
(حين تطهر) من الحيض ولم يقع قبل
الطهر (وفي ان ولدت ذكرا فانت
طالق) طلقة (واحدة وان ولدت
انثى فثنتين فولدتهما و) الحال انه (لم
يدر الاول) منهما (تطلق) طلقة
(واحدة قضاء وثنتين تنزها) حتى لو
طلقها واحدة قبل ذلك وأراد ان
يتزوجها قبل زوج آخر فالاحوط ان
لا يتزوجها (ومضت العدة) بوضع
الحمل والمراد بالتنزه التباعد عن مكان
الحرمة (والملك يشترط لآخر الشرطين)

وفي الولوالجية اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق ان كلمت فلانا فالطلاق الاول والثاني يتعلق بالشرط الاول والثالث بالشرط الثاني حتى لو دخلت تطلق تطليقتين ولو كلمته طلقت واحدة لان يصير الشرط الاول شرط الانعقاد في حق الكل والثاني شرط الانحلال في الكل لانا لو علقنا الجزاء الثاني بالدخول كان الجزاء مؤخرا عن الشرط ولو علقناه بالكلام كان الجزاء مقدما على الشرط والاصل في الشرط هو التقديم فهما أمكن حفظه على الاصل لا يغير ولو قال لامرأته انت طالق ان دخلت الدار وعبدي حر وعلى المشي الى بيت الله الحرام ان كلمت فلانا فالطلاق على الدخول والعتق والمشي على الكلام ألحق الجزاء المتوسط بالشرط الاخير هنا بخلاف ما تقدم لان ثمة الكلام متفق عليه لانه عطف الاسم على الاسم فصار الوصل أصلا وانما يقطع لضرورة ولا ضرورة في حق المتخلل اما هنا فالكلام منقطع لانه عطف الاسم على الفعل فلا يلحق بالاول الا لضرورة لانه أمكن الحاقه بالثاني اهـ (قوله صورتها قال لها ان كلمت اباعمرو وأبا يوسف الخ) قيد به لما في البحر عن الخانية قال لها ان دخلت دار فلان وفلان يدخل في دارك فانت طالق فدخلت المرأة دار فلان وفلان لم يدخل دارها حنث في يمينه لانه يراد باليمين أحدهما دون الجمع اهـ ومقتضى التعليل وقوع الطلاق اذا دخل فلان ولم تدخل هي (قوله طلقت ثلاثا مع الواحدة الاولى) أي منها الواحدة الاولى شيخنا (قوله والثاني في غير الملك) فلا يقع اجماعا الا عند ابن أبي ليلى (قوله خلافا لزفر) اعتبارا له بالشرط الثاني وهذا لانهما كشيء واحد الاترى ان الطلاق لا يقع الا بهما ثم الملك يشترط عند وجود الثاني فكذا عند الاول ولنا ان حال وجود الشرط الاول حال البقاء فلا يشترط فيه الملك لاستغنائه عنه في حالة البقاء وانما يشترط ذلك وقت التعليق زيلعي (قوله ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه) ومما يبطل به التعليق أيضا الحكم بلحاقه مرتدا بدار الحرب كما مر وفوت محل البر نحو ان كلمت فلانا او دخلت هذه الدار فمات او جعلت بستانا وفي القنية لا يخرج من بخارى الا باذن هؤلاء الثلاثة فجن أحدهم لا يخرج لانه ان أفاق المجنون حنث ولو مات لا يحنث لبطلان اليمين وستأتي مسئلة الكوز بفروعها نهر وبحر (قوله والاولى ان يرجع للزوج حتى يشمل الخ) وفي البحر الاولى ان يعود الى الطلاق ولا يخفى ان اضافة المصدر لفاعله هي الاصل نهر (قوله لم يقع شيء) لان المعلق انما هو طلقات هذا الملك وقد فات نهر (قوله وقال زفر يقع ما علق) هو يقول ان المعلق مطلق الطلاق وقد بقي احتمال الوقوع بعد تنجيز الثلاث فتبقى اليمين فينزل الجزاء عند الشرط ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لان اليمين انما تعقد للطلاق يصلح جزاء اما طلقات ملك سيوجد فلا يصلح جزاء فاذا ثبت تقييد الجزاء بطلقات هذا الملك وقد فاتت بالتنجيز فتبطل اليمين ضرورة بخلاف ما اذا أبانها بما دون الثلاث لان الجزاء باق لبقاء محله فان قيل يشكل بما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه لا تبطل اليمين مع ان العبد لم يبق محلا لليمين وبما اذا طلقها ثلاثا بعد ما ظاهر منها منجزا أو معلقا بان قال ان دخلت الدار فانت علي كظهر أمي ثم نجز الثلاث تبقى اليمين بالظهار وان فات المحل حتى لو تزوجها بعد زوج آخر ودخلت الدار صار مظاهرا قلنا اما الاول فلان العبد بصفة الرق محل للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم تبق اليمين وأما الثاني فلان الظهار تحريم الفعل لا تحريم الحل الاصلي الا ان قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود في النكاح بخلاف الطلاق لانه تحريم الحل الاصلي وقد فات بتنجيز الثلاث فيفوت بفوات محله فافترقا زيلعي (قوله لانه لو نجز ثنتين) أي بعد تعليق الواحدة فعادت اليه بعد زوج آخر ووجد الشرط حرمت عنده حرمة غليظة وعند الامام الاعظم وابي يوسف لا تحرم لان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث عندهما وقال محمد انه لا يهدم فتعود عنده بما بقي من طلقات الملك الاول واما لو طلقها ثنتين ثم عادت اليه بعد زوج آخر وقد كان علق الثلاث ثم وجد المعلق عليه طلقت ثلاثا اتفاقا اما عندهما فلوقوع المعلق كله لان الزوج الثاني هدم الواقع واما عند محمد فلوقوع واحدة من المعلق لان الثاني لا يهدم بحر (قوله لا يبطل التعليق) لان

صورتها قال لها ان كلمت اباعمرو وأبا يوسف فانت طالق ثلاثا فطلقها واحدة فانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف والمسألة طلقت ثلاثا مع الواحدة الاولى والمسألة على أربعة أوجه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع ما بقي من الثلاث اجماعا أو وجدا في غير الملك فلا يقع اجماعا أو وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع اجماعا أيضا أو وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك فيقع عندنا خلافا لزفر (ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه) أي تعليق الثلاث على ما يشير اليه أكثر الكتب والاولى أن يرجع الى الزوج حتى يشمل تعليق الثلاث وما دونه صورتها قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر ثم دخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع ما علق وانما قيدنا بالثلاث لانه لو نجز ثنتين بعد التعليق لا يبطل التعليق عندهما

الجزاء باق لبقاء محله بحر (قوله وعند محمد هى طالق ما بقى من الطلاق) لم يظهر من هذه العبارة فرق بين قولهما وقول محمد لشدة ايجاز العبارة كما تعلم بمراجعة الزيلعى حموى (قوله ولو علق الثلاث أو العتق بالوطء) اى الجماع بان قال ان وطئتك او جامعتك فانت كذا حنث بالتقاء الختانين ولو نوى بالاول الدوس بالقدم لم يصدق فى صرفه الجماع لكن يحنث به أيضا ولو قال ان وطئت كان على الدوس بالقدم اتفاقا و بالثانى الموافقة لها فى شئ من الاشياء فالظاهر انه لا يصدق أيضا (حكى) عن الطحاوى انه كان يملى ابنته مسائل قائلا فيها انا جامعنا كم على كذا أولستم جامعتمونا على كذا مريدا هذا المعنى فتبسمت فقال ماشأنك فتبسمت ايضا فلما أحس انها ذهبت الى الجماع المعروف غضب وقطع الاملاء وقال اللهم انى لا أريد الحياة بعد هذا فمات بعد خمسة أيام وكان هذا فى آخر عمره لانه جاوز الثمانين أو التسعين بناء على الاختلاف فى ولادته فقيل سنة تسع وعشرين ٢ وقيل ثلاثين ومائتين ولم يختلفوا فى ان موته سنة احدى وعشرين وثلثمائة وله من الكتب أحكام القرآن ومعانى الآثار ومشكل الآثار والمختصر الفقهى والشروط الكبير والصغير والاوسط والمحاضر والسجلات والوصايا والفرائض وتاريخ كبير ومناقب ابى حنيفة والنوادر الفقهية والنوادر والحكايات واختلاف الفقهاء وعقيدة فى أصول الدين وحكم اراضى مكة وقسمة الفئ والغنائم وشرح الجامع الصغير والكبير والعقيدة وغير ذلك نهر وله أيضا مسند ذكره المناوى فى حرف الهمزة فى الكلام على قوله عليه السلام احفوا الشارب واعفوا اللحى ولا تشبهوا باليهود رواه الطحاوى عن أنس بن مالك فى مسنده وذكر ان طحى كسجى قرية من قرى مصر اه (قوله وعن أبى يوسف انه اوجب المهر فى اللبث أيضا) لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج فى الفرج ولم يوجد لان الادخال لا دوام له حتى يكون لدوامه حكم الابتداء ولهذا لو حلف لا يدخل دابته الاصطبل وهى فيه لا يحنث بامساكها فيه زيلعى (قوله ولم يصر به مراجعا) قال فى البحر وجزم المصنف بقول محمد دليل على انه المختار لانه فعل واحد فليس لآخره حكم فعل على حدة وقيل ينبغى ان يصير مراجعا عند الكل لوجود المساس بشهوة كذا فى المعراج و ينبغى تصحيح قول ابى يوسف لظهور دليله يعنى المساس بشهوة اه (قوله الا اذا أولج ثانيا ولو حكما) بان حرك نفسه فانه يجب عليه العقر و يصير مراجعا اتفاقا لكن لا يجب الحد ولقائل ان يقول هذا فى الطلاق مسلم لوجود العدة اما فى العتق فينبغى ان يجب لخلو الوطء عن الملك وشبهته وجوابه ان هذا ليس بابتداء فعل من كل وجه لاتحاد المجلس والمقصود نهر وهو قضاء الشهوة فاذا امتنع الحد للشبهة وجب المهر لانه يجب مع الشبهة زيلعى (قوله وكذا لم يصر مراجعا به اذا كان الطلاق المعلق رجعيا عند محمد) وعن محمد لو أن رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها فى تلك الحالة فان لبث على ذلك ولم ينزع وجب عليه مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وان لم يستأنف الفعل لان دوامه على الفعل فوق الخلوة بعد العقد زيلعى قال فى البحر وتخصيص الرواية بمحمد لا يدل على خلاف بل لانها رويت عنه دون غيره قال فى النهر وهذا يشكل على ما مر فقد جعل لآخر هذا الفعل حكم على حدة انتهى وأقول لا اشكال فيه لان ما مر مبنى على ما هو المذهب عند محمد وما هنا رواية كما يفيده التعبير بعن حموى وفيه مع ما سبق عن البحر من قوله وتخصيص الرواية بمحمد الخ تأمل وفى البزازية لا يقربها فاستلقى وجاءت وقضت منه حاجتها يحنث فيما عليه الفتوى ولو نائما لا يحنث ولو قال لامته ان جامعتك فانت حرة فالحيلة ان يبيعها من غيره ثم يتزوجها ويطأها فتنحل لا الى جزاء ثم يشتريها منه فيطأها فلا تعتق ولو حلف لا يغشاها وهو عليها فاليمين على الاخراج ثم الادخال فان دام عليها لا يحنث بحر (قوله وعند ابى يوسف يصير مراجعا) تقدم ترجيحه (قوله لم تطلق هذه المرأة) يعنى الجديدة كما فى النهر لان التزوج عليها هو أن يدخل عليها من يشاركها فى القسم ولم يوجد قيد بقوله عليك لانه لو لم يقله طلقت الجديدة اه (قوله اذا كان فى عدة الرجعى تطلق) ينبغى ان يقيد بما اذا أراد رجعتها لما مر من انه لا يقسم لها الا عند هذه الارادة وهذه واردة على المصنف نهر

٢ قوله وقيل ثلاثين أى تسع وثلاثين اه منه

وعند محمد هى طالق ما بقى من الطلاق وهو قول زفر والشافعى (ولو علق الثلاث) أو البائن (او العتق بالوطء لم يجب العقر باللبث) بعد الطلاق أو العتق بالالتقاء وعن ابى يوسف انه أوجب المهر باللبث أيضا (ولم يصر مراجعا به) أى باللبث (فى الرجعى الا ان أولج ثانيا) بعد الاخراج فانه يجب العقر فيهما ويصير مراجعا به بالاجماع صورته قال لامرأته أو لامته ان جامعتك فانت طالق أو انت حرة فلما التقى الختانان ولبث ساعة لم يجب عليه العقر وكذا لم يصر مراجعا به اذا كان الطلاق المعلق رجعيا عند محمد وعند ابى يوسف يصير مراجعا (ولا تطلق فى ان نكحتها عليك فهى طالق فنكحها عليها فى عدة) الطلاق (البائن) صورته قال لامرأته ان تزوجت عليك فالتى اتزوج طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا ثم تزوج امرأة اخرى فى عدتها لم تطلق هذه المرأة قوله فى عدة البائن اشارة الى انه اذا كان فى عدة الرجعى تطلق

(قوله ولا في قوله انت طالق ان شاء الله) حاصله انه اذا علقه بمشيئة من لا تعلم مشيئته او بارادته او بمحبته أو رضاه كالبارئ والملائكة والجن والحائط او أشرك معه من تعلم مشيئته كان شاء الله وزيد بأداة هي ان او الا ان أو اذا أو ما او الباء أو ان لم تطلق لرواية الترمذي من حلف على يمين وقال ان شاء الله لم يحنث نهر (تتمة) جرى على لسانه من غير قصد لا يقع الطلاق لان لفظ الاستثناء وجد حقيقة وهو صريح فلا يفتقر الى النية كقوله أنت طالق زيلعي فلا يشترط القصد ولا التلفظ بهما فلو تلفظ الطلاق وكتب الاستثناء موصولا او عكس او أزال الاستثناء بعد الكتابة لم يقع كما في العمادية ولا العلم بمعناه ولو اشهد بها أي بكلمة الاستثناء وهو لا يذكرها ان كان بحال لا يدري ما يجري على لسانه لغضب جاز له الاعتماد عليهما والا لا در عن البحر ثم المراد من قوله او عكس ان يكتب الطلاق ويتلفظ بالاستثناء على فور فراغه من الكتابة وليس المراد تقديم الاستثناء على الطلاق كما قد يتوهم (قوله متصلا مسموعا) بحيث لو قرب شخص أذنه الى فمه سمع فصح استثناء الاصم در عن الخانية (قوله خلافا لمالك) لانه لو لم يشأ الله لما اجراه على لسانه والحجة عليه ما بينا من قوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى في رواية النسائي وفي رواية الترمذي لم يحنث وقال تعالى حكاية عن موسى عليه السلام ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يكن بذلك مخلف الوعد لتعلقه بمشيئة الله تعالى وما جرى على لسانه تعليق لا تطليق زيلعي (قوله وان ماتت قبل قوله ان شاء الله) لان الكلام خرج بالاستثناء عن ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب لا المبطل درر لان الموجب يستدعي المحل والموت ينافي المحل فينافي الايجاب اما المبطل فيستدعي صحة الايجاب وهو قائم بالزوج والموت لا ينافيه بل يلائمه في الابطال عزمي عن الكافي قيد بموتها لانه لو مات الزوج قبل الشرط وقع الطلاق اذ لم يتصل بكلامه الشرط درر وانما تعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك اني أطلق امرأتي وأستثني عزمي (قوله لانه لو سكت ثبت حكم الصدر) ولا يبطل بان شاء الله وعن ابن عباس جوازه الى سنة وعنه جوازه أبدا روي ان امرأة انكرت على ابن عباس في ذلك وقالت لو كان ما قاله جائزا لم يكن لقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث معنى روي ان أبا جعفر المنصور قال لابي حنيفة لم خالفت جدي في الاستثناء المنفصل فقال له لحفظ الخلافة عليك فانك تأخذ عقد البيعة بالأيمان والعهود على وجوه العرب وسائر الناس فيخرجون من عندك و يستثنون فيخرجون عليك فقال أحسنت فاستر على زيلعي (تتمة) قال أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله او انت حر وحر ان شاء الله تطلق و يعتق وقالا لا تطلق ولا يعتق لان التكرار شائع في كلامهم فيحمل عليه تصحيحا لكلامه فلا يبطل اتصال الشرط وله ان اللفظ الثاني لغو اذ لا يفيد فوق ما يفيده الاول ولا وجه لكونه تأكيدا للفصل بالواو فيمنع المعطوف عن اتصال الشرط به فيقع درر وقيد المعطوف بكونه بلفظ المعطوف عليه احترازا عما لو كان بمرادفه كما لو قال أنت حر وعتيق ان شاء الله فانه لا يجعل فاصلا و يصح الاستثناء شرنبلالية ثم التعليق بمشيئة الله اعدام وابطال له عندهما وعند أبي يوسف هو تعليق بشرط لا يوقف عليه فلا يقع كما لو علقه بمشيئة غائب وثمرة الخلاف تظهر في مواضع منها اذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء في الجواب بان قال ان شاء الله أنت طالق فعندهما لا يقع لانه ابطال وعند أبي يوسف يقع وبه يفتى درلان التعليق لا يصح الا بالرابط وهو الفاء كما لو قال ان دخلت الدار أنت طالق وكذا لو قال ان شاء الله وأنت طالق او قال كنت طلقتك أمس ان شاء الله لا يقع عندهما خلافا لابي يوسف ومنها اذا جمع بين يمينين بان قال أنت طالق ان دخلت الدار وعبدي حر ان كلمت زيدا ان شاء الله ينصرف الى الجملة الثانية عند أبي يوسف كالشرط وعندهما الى الكل ولو أدخله في الايقاعين بان قال أنت طالق وعبدي حر ان شاء الله ينصرف الى الكل بالاجماع ومنها اذا حلف لا يحلف بالطلاق او باليمين يحنث بذلك عند أبي يوسف خلافا لهما وكذا اذا علقه بمشيئة من لا تظهر مشيئته كالجن والحائط والملائكة يكون تعليقا او ابطالا على الاختلاف المذكور ولو قال أنت طالق بمشيئة الله تعالى او بارادته او بمحبته او برضاه

(ولا) تطلق (في) قوله (انت طالق ان شاء الله) حال كونه (متصلا به) خلافا لمالك (وان ماتت قبل قوله ان شاء الله) وانما قيد بقوله متصلا لانه لو سكت ثبت حكم الصدر ولا يبطل بان شاء الله وهذا اذا سكت من غير ضرورة

لا يقع

لا يقع لانه ابطال او تعليق بما لا يوقف عليه كقوله ان شاء الله لان حرف الباء للالصاق وفي التعليق الصاق الجزاء بالشرط وان أضافه الى العبد كان تمليكا منه فيقتصر على المجلس كقوله ان شاء فلان او أراد أو أحب اورضي فان علم العبد في المجلس وشاء وقع الطلاق در وان قال بحكمه او بأمره او بقضائه اوباذنه او بعلمه اوبقدرته يقع في الحال سواء أضافه الى الله اوالى العبد لانه يراد في مثله التنجيز رمأ كقوله بحكم القاضي وان قال بحرف اللام يقع في الوجوه كلها لانه للتعليل كانه قال أنت طالق لدخولك الدار سواء أضافه الى الله اوالى العبد وان ذكر بحرف في ان اضافه الى الله لا يقع في الوجوه كلها الا في العلم لانه يذكر للمعلوم وهو واقع ولانه لا يصح نفيه عن الله تعالى بحال لانه يعلم ما كان وما لم يكن فكان تعليقا بأمر موجود فيكون ايقاعا ولا يلزم القدرة لان المراد بالقدرة هنا التقدير ويقدر شيئا وقد لا يقدره حتى لو أراد به حقيقة قدرة الله تعالى يقع في الحال زيلعي (فالحاصل) ان هذه الالفاظ عشرة أربعة منها للتمليك وهي المشيئة والارادة والمحبة والرضى وستة ليست للتمليك وهي الامر والحكم والقضاء والاذن والعلم والقدرة والكل على وجهين اما أن تضاف الى الله أو الى العبد وكل وجه على وجوه ثلاثة اما أن تكون بالباء أو باللام أو بفي فكلها باللام تنجيز مطلقا وكذا الستة الاخيرة بالباء والاربعة الاول تعليق ان أضيفت الى الله وتمليك ان أضيفت الى العبد وكلها بفي ان أضيفت الى الله تعليق الا العلم وان اضيف الى العبد فالاربعة الاول تمليك والباقي تعليق عيني (تتمة) ادعى الاستثناء وانكرته لا يقبل الا ببينة وعليه الفتوى (قوله أما اذا سكت للتنفس الخ) أوندا كانت طالق يازانية ان شاء الله صح الاستثناء كما في الخانية بخلاف الفاصل اللغو كانت طالق رجعيا ان شاء الله وقع وبائنا لا يقع در ولو قال رجعيا أو بائنا يسئل عن نيته فان عنى الرجعي لا يقع وان عنى البائن وقع واجمعوا انه لو قال أنت طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله لم يقع ولو قال أنت طالق ثلاثا بوائن ان شاء الله وقع ولو قال واحدة بائنة ان شاء الله لم يقع نهر ومن الاستثناء انت طالق لولا ابوك أو لولا حسنك أو لولا اني احبك فلا يقع كما في الخانية ومنه سبحان الله ذكره ابن الهمام في فتواه در (قوله او نحوهما) كالجشاء والسعال وثقل اللسان أو امساك فم در (قوله وفي أنت طالق ثلاثا الخ) شروع في بيان الاستثناء الوضعي بعد الفراغ من العرفي والحق بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام من اثبات موجبه الا ان الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض وقدم المشيئة لمشابهتها للشرط في منع الكل وذكر اداة التعليق غير انه منع لا الى غاية والشرط منع الى غاية محققة ثم ان الاستثناء بيان بالا واحدى اخواتها اذ ما بعدها لم يرد بحكم الصدر رثم الاصل ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وشرط صحته ان يبقى ما يتكلم به بعد الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء متصلا بصدر الكلام لانه مغير لصدره ففي المسئلة الاولى الباقي بعد الاستثناء ثنتان فيقعان وفي الثانية الباقي واحدة فتقع وفي الثالثة لم يبق بعد الاستثناء ما يتكلم به فيبطل الاستثناء حموي عن باكير واعلم ان ثمرة الاختلاف بيننا وبين الامام الشافعي في ان الاستثناء تكلم بالباقي عندنا وعنده منع للحكم بطريق المعارضة تظهر فيما اذا قال له على ألف الا مائة او خمسين يلزمه تسعمائة للشك في الدخول وعنده تسعمائة وخمسون لانه داخل عنده بيقين والشك في المخرج ويشترط ان يكون متصلا بخلاف العطف حيث يصح وان كان منفصلا لكونه غير مغير عيني (قوله وفي ظاهر الرواية) يعني عن ابي يوسف كما هو ظاهر حموي (قوله وفي ثلاثا الا ثلاثا ثلاث) لان استثناء الكل باطل ان كان بلفظ الصدر او مساويه وان بغيرهما كنسائي طوالق الا هؤلاء أو الا زينب وعمرة وهند وعبيدي احرار الا هؤلاء او الا سالما وغانما وراشدا وهم الكل صح در وقوله ان كان بلفظ الصدر او مساويه الاول هو مسئلة المتن والثاني كقوله عبيدي احرار الا مماليكي ويعتبر كونه كلا وبعضا من جملة الكلام لا من جملة الكلام الذي يحكم بصحته ففي انت طالق عشرا الا تسعا يقع واحدة والا ثمانية يقع ثنتان وهكذا ثم كون المستغرق لغوا مقيد بما اذا لم يكن بعده استثناء آخر يكون جزاء للصدر فان كان صح وعلى هذا تفرع ما لو قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة يقع واحدة نهر ووضحه انك تسقط الواحدة الاخيرة

اما اذا سكت للتنفس أو العطاس أو نحوهما فهو لا يمنع الاتصال (وفي) قوله (انت طالق ثلاثا الا واحدة) يقع (واحدة) وفي الاثنتين يقع ثنتان وعن ابي يوسف انه لا يصح استثناء الاكثر وفي ظاهر الرواية لا فرق (وفي) قوله انت طالق ثلاثا (الا ثلاثا) يقع (ثلاث)

ممايليها وهوالثلاث فيبقى اثنان تسقطهما من الثلاث الاولى يبقى واحدة موقعة ولوقال الاثنتين الا واحدة وقعت ثنتان لان الاستثناء اذا تعدد بلاواو كان الكل اسقاطا مما يليه فيلزم ان كل فرد اسقاط من الصدر وكل شفع جبرله ولوقال انت طالق ثلاثا الا واحدة وثنتين طولب بالبيان فان مات قبله طلقت واحدة فى رواية ابن سماعة عن ابى يوسف وهو قول محمد وهو الصحيح لانه وقع الشك فى الثانية فلاتقع بالشك نهر ولوقال له على عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ستة الا خمسة الا أربعة الا ثلاثة الا اثنين الا واحدة لزمه خمسة بحر عن المحيط وطريقة أخرى لمعرفتها تأخذ الثلاث بيمينك والثنتين بيسارك والواحدة بيمينك ثم تسقط ما اجتمع فى يسارك مما اجتمع فى يمينك فما بقى فهو الواقع اه واذا علمت بطريق اسقاط كل فرد من الصدر فعناه اذا اسقطت التسعة من العشرة يبقى واحد يجبر بالثمانية يكون المجموع تسعة فتسقط منها السبعة يبقى اثنان تجبرهما بالستة ثم تسقط من المجتمع الخمسة يبقى ثلاثة تجبرها بالاربعة ثم تطرح من المجتمع الثلاثة يبقى اربعة تجبرها بالاثنين ثم تطرح من المجتمع الواحد يبقى خمسة وهو الجواب وعلى الطريقة الاخرى اذا أخذت التسعة باليمين والثمانية باليسار والسبعة باليمين والستة باليسار وهكذا الى أن تأخذ الواحدة باليمين يجتمع فى اليمين خمسة وعشرون وفى الشمال عشرون وباسقاطها مما فى اليمين يبقى الجواب وأقرب منه ان تسقط الاخير من متلوه ثم ما بقى من متلوه وهكذا فما بقى فهو المطلوب ولما كان المرض من العوارض أخر بيانه عن حكم الاصل وهو الصحة فقال

(باب طلاق المريض)

(باب طلاق المريض) واختلفوا فى حد المريض قيل هو الذى لا يقدر ان يقوم بنفسه الا ان يعينه انسان وقيل هو الذى يكون صاحب فراش وان كان يقوم بنفسه وفى الجامع الصغير الخانى فسر كونه صاحب فراش بان لا يقوم بحوائجه الا بكلفة ومشقة وكان الغالب منه حاله الهلاك والصحيح انه اذا أمكنه القيام بحوائجه فى البيت

ويقال له الفار أيضا وبه عنون بعض المتأخرين لان حكم الباب لا يختص بالمريض والمصنف كغيره انما ترجم به نظرا الى اصالته نهر لكن قال الحموى اراد بالمريض ما يعم الحقيقى والحكمى كالمقرب للقتل وعلى هذا فالترجمة مساوية لما ترجم به بعض المتأخرين (فرع) الشخص الصحيح فى فشو الطاعون كالمريض عند الشافعية وفى الفتح لم ار لمشايخنا اه لكن قواعدهم تقتضى انه كالصحيح قال فى الاشباه غايته ان يكون كالذى طلق وهو فى صف القتال وأقره فى النهر والحموى قال فى الشرنبلالية وليس مسلما اذ لا مماثلة بين من هو مع قوم يدفعون عنه فى الصف وبين من هو مع قوم هم مثله ليس لهم قوة الدفع عن احد الخ وفيه نظر لا يخفى والمراد من فشو الطاعون انتشاره قال فى القاموس فشا خبره وفضله فشوا وفشوا وفشيا انتشر والفواشى ما انتشر من المال كالغنم السائمة والابل وغيرها الخ (قوله فى حد المريض) فيه ان التحديد انما يكون للحقيقة لا للذات اللهم الا ان يقال أراد بالحد التفسير حموى وحده بالنسبة لجواز ترك القيام فى الصلاة أن يكون بحيث يلحقه بالقيام ضرر على الاصح كما فى الجوهرة وعلم من كلامهم انه لا يجوز للزوج المريض التطليق لتعلق حقها بماله الا اذا رضيت به بحر وقوله فى النهر وفيه نظر لان الشارع حيث رد عليه قصده لم يكن آثما الا بصورة الابطال لا بحقيقته فيه نظر لان رد الشارع قصده لا ينافى حصول الحرمة بالاقدام على ما هو معصية حموى (قوله ان يقوم بنفسه) أى بقوة نفسه وفيه ان القيام اذا وصل بالباء لم يكن معناه الانتصاب حموى وانما يكون معناه انه ولى امر نفسه فلم يكن مولى عليه شيخنا (قوله والصحيح انه اذا امكنه الخ) كذا قاله المصنف فى الكافى وقال الزيلعى والصحيح ان من يعجز عن قضاء حوائجه خارج البيت فهو مريض وان امكنه القيام بها فى البيت اذ ليس كل مريض يعجز عن القيام بها فى البيت كالقيام للبول والغائط فكلام الشارح مخالف لما فى الزيلعى ويوافق ما فى الشرنبلالية عن الكمال ونصه اذا امكنه القيام بها فى البيت لا خارجه فالصحيح انه صحيح اه ومنه تعلم ما وقع فى عبارة بعضهم حيث ذكر ان ما ذكره الشارح موافق لما فى الزيلعى ومخالف لما ذكره الكمال وليس كذلك فالصواب فى عبارته العكس ومنشأ هذا انه سقط من نسخته حرف النفى من قوله لا يكون

مريضا

مريضا والمقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو مريض فان صار قديما ولم يزدد فهو كالصحيح في الطلاق وغيره درر وقوله فان صار قديما أي بأن استمر سنة (قوله ولا يمكنه القيام خارج البيت) كعجز الفقيه عن الاتيان الى المسجد وعجز السوقي عن الاتيان الى مكانه فأما من يذهب ويجيء فلا وهو الصحيح وهذا في حقه اما في حقها فيعتبر عجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت كذا في البزازية وزاد في فتح القدير ما ذكره الشارح (قوله والمرأة اذا كانت الخ) كذا في فتح القدير ونصه اذا لم يمكنها الصعود الى السطح فهي مريضة اه قال في الشرنبلالية وهذا مذكور في الذخيرة والاولى ما في النهر عن البزازية بان تعجز عن المصالح الداخلة ومقتضاه أنها لو قدرت على نحو الطبخ دون صعود السطح لم تكن مريضة وهو الظاهر اه والحامل اذا أخذها الطلق كالمريضة درر ولم يقيده بما اذا تم لها ستة أشهر كما في الزيلعي ولهذا قال في الشرنبلالية ولا يخفى ان العادة صعوبة طلق السقط بما هو أشد في تمام المدة اه واختلف في تفسير الطلاق فقيل هو الوجع الذي لا يسكن حتى تموت او تلد وقيل وان سكن لان الوجع يسكن تارة ويهيج أخرى والاول اوجه اه فعلى ما هو الاوجه اذا جاءت الفرقة من جهتها بعد سكون الطلق ثم ماتت لا يرث منها (قوله طلقها رجعيا او بائنا) طائعا احترازا عما لو اكره على طلاقها فانها لا ترث كما لو اكرهت على سؤالها الطلاق حيث ترث كما في القنية وعرف منه انه لو جامعها ابنه مكرهة فانها ترث ولم يقيده به لان الطواعية هي الاصل فصرف المطلق اليها ثم الطلاق ليس بقيد بل كذلك لو أبانها بخيار بلوغ وتقبيل أمها وبنتها وردته كما في البدائع وكأنه أراد به كل فرقة جاءت من قبله نهر (قوله أي امرأة حرة مسلمة) فلو كانت أمة او ذمية لا ترث حيث كان هو مسلما وان كان فارا بقي ان ظاهر صنيع الشارح ان العبرة بأهلية الارث عند الطلاق الرجعي كما في البائن وليس كذلك بل العبرة في الرجعي بالاهلية عند الموت حتى لو كانت الزوجة رقيقة او كافرة ثم اعتقت او أسلمت ومات وهي في العدة يجري التوارث بينهما شيخ شاهين بخلاف البائن فانه يشترط فيه الاهلية للميراث وقت الطلاق والموت وما بينهما بحر فما في الزيلعي من تقييده ارثها منه اذا طلقها بعدما تعلق حقها بماله بقوله وكانت وقت الطلاق ممن ترثه الخ يتعين حمله على خصوص البائن لا ما يعم الرجعي (قوله رجعيا) كان ينبغي حذف الرجعي من هذا الباب لانها فيه ترث ولو طلقها في الصحة ما بقيت العدة بخلاف البائن فانها لا ترثه الا اذا كان في المرض ولقد أحسن القدوري في اقتصاره على البائن نهر (قوله بغير رضاها) صوابه التأخير بان يقال او بائنا او ثلاثا بغير رضاها فيكون تصريحا بمفهوم قوله الآتي وان أبانها بأمرها الخ اذ لا يصح جعله قيدا في الرجعي لما سيأتي انها لو سألته الطلاق الرجعي فأبانها غليظة او خفيفة ومات وهي في العدة ورثته (قوله او ثلاثا) فيه ان الثلاث من افراد البائن فلا يصح عطفه بأو حموي (قوله في مرضه) قيد للبائن لا لهما على خلاف القاعدة الاصولية حموي لان النكاح في الرجعي قائم ولهذا ترثها ان ماتت بخلاف البائن حتى لو أبانها في صحته ثم مات لا ترث سواء مرض بعد الابانة أو لا وسواء مات والعدة باقية اولا وأما في الرجعي فترث منه مطلقا اذا مات وهي في العدة بخلاف البائن لان السبب هو النكاح وقد زال فلا ترثه كما لا يرثها وقوله في مرضه أي المتصل بالموت حتى لو صح ثم مات في عدتها لم ترث اما اذا لم يصح حتى قتل او مات من غيره ورثت وكذا لو علق طلاقها بمرضه كما صححه في الخانية او وكل به وهو صحيح فأوقعه حال مرضه قادرا على عزله لا اذا لم يقدر كما في الظهيرية وفي الكافي قال لزوجتيه احداكما طالق ثم بين ذلك في المرض صار بالموت فارا أقول وعلى هذا فينبغي انه لو حلف وهو صحيح لكنه حنث وهو مريض فيمينه في واحدة انه يكون فارا ولم أره ولو كذبها الورثة بعد الموت في كون الطلاق فيه فالقول لها لانهم يدعون الحرمان بالطلاق في الصحة وهي تنكر كما لو قالت طلقني وهو نائم وقالوا في اليقظة بخلاف ما لو كانت الزوجة أمة فادعت العتق قبل موته وقالت الورثة انما كان بعده حيث يكون القول لهم ولا يعتبر قول مولاها كما لو ادعت انها أسلمت في حياته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول لهم والقول لها انه مات قبل انقضاء عدتها مع اليمين فان نكلت

ولا يمكنه القيام خارج البيت لا يكون مريضا مرض الموت والمرأة اذا كانت بحيث لا يمكنها القيام للصعود على السطح كانت مريضة والا لا (طلقها) اى امرأة حرة مسلمة (رجعيا) بغير رضاها (او بائنا) او ثلاثا (في مرضه)

لاارث لها ولوتزوجت قبل موته ثم قالت لم تنقض عدتي لا يقبل قولها ولولم تتزوج لكنها قالت أيست ثم مات بعد مضى ثلاثة أشهر من وقت اقرارها الاميراث لها واعلم أنه لوارتد وهو صحيح وقتل على ردته اولحق بدار الحرب ورثته بخلاف ردتها وهي صحيحة والفرق ان ردته في معنى مرض موته بخلاف ردتها أما لوارتدت وهي مريضة ورثها نهر وبحر واذا صار فارا بان طلقها بعدما تعلق حقها بماله وكانت وقت الطلاق اى البائن ممن ترثه بان كانا حرين متحدى الدين ردعليه قصده بخلاف ما اذا كانت كافرة وهو مسلم اوكانا مملوكين أواحدهما وقت الطلاق ثم زال المانع حيث لاترث لعدم تعلق حقها بماله وقت الطلاق فلايكون فارا حموى عن ابن الشلبي (قوله ومات) ولو بغير ماذكر هو المذهب شرنبلالية عن المواهب وليس المراد انه مات بسبب آخر بعد البرء من مرضه بدليل ماسيأتي في المتن من قوله ولو ابانها في مرضه فصح فمات لم ترث فيد بموته لانها لوماتت وهي مريضة في العدة لم يرثها الزوج لانه بطلاقه اياها رضي باسقاط حقه نهر وقوله بطلاقه اى البائن لما صرح به الزيلعي فيما سيأتي عند قول المصنف والطلاق الرجعي لايحرم الوطء حيث قال ولهذا تناولها لفظة الازواج في آية المواريث واللعان وفي عدة الوفاة حتى جرى التوارث واللعان بينهما ووجبت عدة الوفاة عليها (قوله ورثت) لثبوت الفرار بهذه الاشياء سواء علم أهليتها الارثه أولا حتى لوكانت أمة اعتقها المولى اوكتابية اسلمت ولم يعلم حتى ابانها في مرضه ورثت كما في الظهيرية وفي الخانية قال المولى لامته أنت حرة غدا وقال الزوج انت طالق ثلاثا بعد غد ان علم بكلام المولى كان فارا والا لا نهر لانها لم تكن أهلا للارث وقت التعليق بحر (قوله وكذا لاترث اذا طلقها قبل الدخول) ولو بعد الخلوة فان الارث من الاحكام التي لم تقم الخلوة مقام الوطء فيها (قوله وقال مالك ترث امرأة الفار الخ) هذا قول ابن أبي ليلى وأحمد وأما مالك فيورثها وان تزوجت بازواج شيخنا عن المحيى وكذا عبارة الزيلعي تدل على ذلك ايضا غيرانه لم يذكر أحمد مع ابن أبي ليلى حيث قال بعد ان ذكر ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى انقضاء العدة مانصه ولا يمكن ابقاء السبب بعد انقضاء العدة لانه يؤدي الى توريثها من زوجين والى توريث ثمان نسوة أواكثر من رجل واحد وبهذا يعلم فساد قول مالك انها ترث بعد انقضاء عدتها ولوتزوجت بعشرة ازواج وقول ابن أبي ليلى مالم تتزوج لانه لا يعلم في الشرع ولم يجعل الارث لاكثر من أربع نسوة اه (قوله وقال الشافعي لاترث في البائن) وهو القياس لان السبب قد ارتفع قبل الموت ووجه الاستحسان ماروى ان عثمان ورث تماضر بنت الاصبغ امرأة عبد الرحمن بن عوف وكان قد ابانها في مرضه بمحضر من الصحابة من غير نكير فصار اجماعا زيلعي (قوله اواختلعت منه) يوهم ان الاختلاع لايكون بامرها حموى اى لان اختلاعها منه لايكون بدون أمرها اذ المراد بامرها رضاها قيد باختلاعها لان اختلاع الاجنبي لايبطل ارثها وفي الخانية ابانها في مرضه ثم قال لها ان تزوجتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها في العدة ومات في مرضه لم ترث لانه موت في عدة مستقلة فابطل حكم الفرار بالطلاق الاول والثاني وان وقع الا ان شرطه وهو التزوج حصل بفعلهما فلايكون فرارا خلافا لمحمد نهر (قوله لم ترث) لانها رضيت باسقاط حقها وفي كلامه اشارة الى انها لوفارقته بجب اوعنة اوخيار بلوغ اوعتقها لم ترث ولو وجدت هذه الامور منها حال مرضها ورثها كذا في الشرح والمذكور في الجامع ان في الفرقة بالجب والعنة واللعان لايرثها لانها طلاق فكانت مضافة اليه وجزم به في الكافي وقالوا لوطلقت نفسها في صحته أو مرضه فاجازه الزوج في مرضه ورثته مع ان تطليقها ظاهر في رضاها به وأجاب الزيلعي وغيره بان المبطل للارث انما هو اجازته وانت خبير بان هذا لايجدي نفعا فيما اذا كان الطلاق في مرضه اذ دليل الرضى فيه قائم نهر فان قلت أمرها بالطلاق لايزيد على قولها اسقطت ميراثي منك وثم لا يسقط قلت أجيب بان الميراث لايحتمل السقوط مقصودا ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض وسيأتي في كتاب الوقف ان الاستحقاق المشروط كالارث لايسقط بالاسقاط قال الحموي في حاشية الاشباه عن قاضيخان

ومات في عدتها ورثت) المرأة (وبعدها) اى بعد العدة (لاترث) مطلقا سواء تزوجت أولا وكذا لاترث اذا طلقها قبل الدخول وقال مالك ترث امرأة الفار بعد العدة قبل أن تتزوج بزوج آخر وقال الشافعي لاترث في البائن (وان أبانها بامرها او اختلعت منه أو اختارت نفسها بتفويضه) ثم مات وهي في العدة (لم ترث

وهو الذى يجب القطع به ونقل شيخنا عن فتاوى الطرابلسي ان التصديق المخالف لشرط الواقف باطل خلافا لما فى الاشباه من انه يعتبر حال حياته (قوله وفى قولها طلقنى رجعية الخ) ولو قال وفى طلقنى فابانها ورثت لكان اوفى واخصر اذ يعلم منه مالو نصت على الرجعى او اوقع ثلاثا بالاولى نهر اما ارثها فيما اذا سألته الرجعى فظاهر واما فيما اذا أطلقته عن التقييد فلان مطلق الطلاق ينصرف الى الواحد الرجعى والرضى به ليس رضى ببطلان الحق (قوله وان أبانها بأمرها) لو قال برضاها لكان اشمل فانه يتناول ما اذا قال لها اختارى فاختارت نفسها دون قوله بامرها حموى عن البرجندى (قوله فاقر لها بدين) مهرا كان او غيره حموى عن البرجندى (قوله فلها الاقل) ثم ما تأخذه له حكم الميراث حتى اذا توى بعض التركة يتوى على الكل وله حكم الدين حتى كان للورثة ان يعطوها من غير التركة اعتبارا لزعمها زيلعى (قوله وعندهما الخ) لهما ان دليل التهمة وهى العدة قائمة فى الاولى فيدار الحكم عليه ولا عدة فى الثانية فانعدمت التهمة ولهذا يجوز له ان يتزوّج أختها ودفع الزكاة اليها والشهادة لها لان التهمة أمر باطن لا يوقف عليها فيدار الحكم على دليلها وهى العدة كما أدير الحكم على النكاح والقرابة حتى امتنعت بهما هذه الاحكام ولابى حنيفة انه لما مرض والنكاح قائم حقيقة او ظاهرا صار متهما بالاقرار والوصية لها لان الزوجين قد يتفقان على الاقرار بالطلاق وانقضاء العدة لينفتح لها باب الاقرار أو الوصية ماهو أكثر من الارث فترد الزيادة لهذه التهمة ولا تهمة فى قدر الميراث فيصح وكذا الاتهمة فى حق الزكاة والتزوّج والشهادة لانهما لا يتواضعان عادة لهذه الاحكام زيلعى وظاهره انه اذا أقرّ بالطلاق منذ زمان وصدقته ان تعتبر العدة من وقت الطلاق بدليل انهم اتفقوا هنا أنه يجوز له دفع الزكاة اليها وشهادته لها قال فى البحر وهو خلاف ماصرحوا به فى العدة من ان الفتوى على ان العدة تعتبر من وقت الاقرار كما فى الهداية والخانية وغيرهما فلا يثبت شئ من هذه الاحكام ولا تزوجه بأختها وأربع سواها أيضا لظهور التهمة فى اقراره ووصيته اه (قوله ثم انه تجب العدة فى الاولى) من وقت الطلاق بالاتفاق وأما فى الثانية فالفتوى على ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة كما قدمناه ولو مات بعد مضيها من وقت الاقرار فلها جميع ما أوصى به او أقرّ درعن العمادية (قوله وعند زفر لها جميع ما اقرّ أو أوصى فى الصورة الاولى) فيه خلل حموى عن الغنيمى ووجه الخلل ان قوله فى الصورة الاولى صوابه فى الصورتين فان قلت ليس الخلل قاصرا على ماذكره الغنيمى لان فى قول الشارح وعندهما يجوز اقراره ووصيته فى الثانية خللا أيضا الا ترى الى قول الزيلعى والرازى وأبو يوسف ومحمد مع زفر فى الاولى ومع أبى حنيفة فى الثانية قلت ليس فى كلام الشارح خلل من هذا الوجه بل الخلل فى كلام الزيلعى والرازى والصواب ان يقال وأبو يوسف ومحمد مع زفر فى المسئلة الثانية ومع أبى حنيفة فى الاولى قال الشلبى وقول الزيلعى ولهما ان دليل التهمة وهى العدة قائمة فى الاولى يؤيد وجه الصواب (قوله او قدّم ليقتل بقود) ومافى الدرر من قوله او ركب سفينة فانكسرت تعقبه فى الشرنبلالية بان كسرها ليس شرطا بل كذلك لو تلاطمت الامواج وخيف الغرق كما فى البحر عن المبسوط والبدائع وقيده الاسبيجابى بان يكون من ذلك الموج أما لو سكن ثم مات لا ترث اه قال فى الشرنبلالية ولا يخفى ان هذا شرط كونه فارا فلا يختص بهذه الصورة اه ثم ظهر لى ان التقييد بقوله فانكسرت لا ينافى ماوقع التصريح به فى كلام غيره مما يفيد ثبوت حكم الفرار بمجرد تلاطم الامواج اذا خيف الغرق ولو بدون كسر بان يحمل ماذكره من قوله فانكسرت على ما اذا كان بدون تلاطم الامواج (قوله او رجم فى الزنى) فيه ان الرجم لا يكون فى غير الزنى حموى وفيه أنه قد قدّم ان الاصل فى القيود ان تكون لبيان الواقع (قوله ان مات فى ذلك الوجه او قتل) لا فرق بين ان يكون بهذا السبب او بسبب آخر ولهذا قال فى الاصل مريض أبان زوجته ثم قتل ورثته نهر وقول المصنف او قتل صريح فى ان المقتول ليس ميتا بعمره وهو قول الحكماء حموى وفيه نظر اذ ليس فى كلامه ما يشعر بذلك فضلا عن ان يكون صريحا فيه

وفى) قولها (طلقنى رجعية فطلقها ثلاثا ورثت) وانما قيد بالرجعية لانها لوقالت طلقنى بائنة وابانها لاترث كما تقدم (وان أبانها بامرها فى مرضه) أى على الابانة آنفا (او تصادقا عليها) أى ان (فى الصحة و) على (مضى العدة) اى ان طلقها بائنا فى مرضه بامرها او ان قال لها فى مرضه ان الطلاق البائن كان فى صحتى وقد مضت عدتك فصدقته (فاقر) لها بدين (او اوصى لها) بوصية فى الصورتين (فلها الاقل منه ومن ارثها) عند ابى حنيفة وعندهما يجوز اقراره ووصيته فى الثانية ثم انه تجب العدة فى الاولى وعند زفر لها جميع ما اقر او اوصى فى الصورة الاولى (ومن بارز رجلا او قدم ليقتل بقود) أى قصاص (او رجم) فى الزنى (فابانها) عقب هذه الاشياء (ورثت ان مات فى ذلك الوجه او قتل) وهى فى العدة

(قوله وعن أبى حنيفة فى النوادر الخ) يمكن حمله على ما اذا كان المبارز من أقرانه أو دونه بناء على ما ذكره فى النهر من ان المسئلة قيدها بعضهم بما اذا علم ان المبارز ليس من اقرانه بل أقوى منه اه فلا يخالف حينئذ ما مشى عليه المصنف فى المتن (قوله ولو محصورا أو فى صف القتال لا) لغلبة السلامة عينى (قوله ولو علق طلاقها) يعنى البائن ولم يقيده به اكتفاء بما مر أوّل الباب وهذا الان قوله وهما فى المرض او الشرط فقط انما يتم فى البائن نهر و وجهه انها فى الرجعى ترث مطلقا سواء كانا فى الصحة او المرض وفى التعبير بالتعليق تسامح اذ التعليق ما كان بفعل على خطر الوجود ومجىء الشهر كائن لا محالة فهذا وما أشبهه اضافة لا تعليق وقد يقال أراد بالتعليق ما هو الاعم من ان يكون حقيقة او صورة حموى وهذه المسئلة على أربعة اوجه اما أن يعلق الطلاق بمجىء الزمان أو بفعل أجنبى أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما أن يكون التعليق فى الصحة والشرط فى المرض أو كانا فى المرض أما الوجهان الاولان أعنى ما اذا علقه بمجىء الزمان أو بفعل الاجنبى فان كان التعليق والشرط فى المرض ورثت للفرار وان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث وأما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فترث كيف ما كان اذا وجد الشرط فى المرض سواء كان التعليق فى الصحة أو فى المرض وكان الفعل مما له منه بد او لا لانه صار قاصدا ابطال حقها بالتعليق والشرط أو بالشرط وحده لان للشرط شبها بالعلة لان الوجود عنده فصار متعديا من وجه واضطراره لا يبطل حق غيره كاتلاف مال الغير حال الاضطرار أو النوم وأما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان فعلا لها منه بد لم ترث مطلقا سواء كان التعليق والشرط فى المرض أو كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لانها رضيت بالشرط والرضا به يكون رضا بالمشروط درر وزيلعى ومنه يستفاد ان هذه المسئلة تنقسم الى ستة عشر وجها لان التعليق اما ان يكون بمجىء الوقت أو بفعل أجنبى أو بفعله أو فعلها وكل وجه على أربعة أوجه لان التعليق والشرط اما أن يوجدا فى الصحة أو فى المرض أو يوجد أحدهما دون الآخر نهر وشرنبلالية (قوله بفعل أجنبى) أراد به غير الزوجين لا خصوصه اذ لو علق طلاقها بفعل ولدها منه كان كالاجنبى نهر سواء كان له منه بد او لا بحر (قوله او بفعل نفسه مطلقا الخ) وانما لم يفرق بين الضرورى وغيره فى فعل الزوج لانه كان له من التعليق بد وان لم يكن له من الفعل بد حموى عن البرجندى (قوله وكلام الابوين) وذى الرحم المحرم حموى عن البرجندى (قوله وعند محمد وزفر لا ترث فى الصورة الاخيرة) ذكر فخر الاسلام فى مبسوطه ان الصحيح فى هذه المسئلة ما قاله محمد و وجهه ان الزوج لم يباشر العلة بعد ما تعلق حقها بماله ولا الشرط فلا يكون متعديا وبه يثبت الفرار وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان انها مضطرة فى تحصيل الشرط من قبل الزوج لانها ان لم تقدم تخاف على نفسها أو دينها وان أقدمت يسقط حقها وهذا الاضطرار من جهة الزوج فنقل اليه كما ينقل الى المكره والى الشاهد واعلم ان قول الشارح وعند محمد وزفر الخ مخالف لما فى الزيلعى والصواب الموافق لكلام الزيلعى عدم ذكر زفر هنا مع محمد والصواب أن يذكر خلافه فيما سيجىء من قول الشارح وكما اذا علق طلاقها بفعل أجنبى أو بمجىء الوقت فى الصحة و وجد الشرط فى المرض بان يقال وعند زفر ترث لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط فكان تطليقا بعد تعلق حقها بماله ولنا انه كالمنجز عنده حكما لا قصدا ولهذا لو وجد الشرط وهو مجنون يقع ولو كان قصدا لما وقع لعدم القصد منه ولهذا لو حلف أن لا يطلق بعد ما علق طلاقها بشرط ثم وجد الشرط لا يحنث ولو كان قصدا لحنث ولانه لم يوجد منه صنع بعد تعلق حقها بماله ولا هو متمكن من منع فعل الاجنبى ومجىء الزمان فلم يكن متعديا والفرار بالتعدى ولهذا شرط فى المختصر أن يكونا فى المرض بقوله والتعليق والشرط فى مرضه زيلعى (قوله ككلام زيد غير مديون) سواء كان التعليق والشرط فى المرض أو الشرط فقط لانها رضيت بالشرط والرضى به يكون رضى بالمشروط (قوله وكما اذا علق طلاقها بفعل أجنبى أو بمجىء الوقت الخ) تقدم الكلام عليه وما فى العينى من انها ترث فى الوجه الرابع والثامن صوابه

وعن أبى حنيفة فى النوادر فيمن خرج
للبراز أى للمبارزة لا يكون فارا فلا ترث
(ولو) كان (محصورا) أى ممنوعا فى
حصن فطلق امرأته بائنا (او) كان موازيا
للعدو (فى صف القتال) فطلق امرأته
بائنا (لا) ترث (ولو علق طلاقها بفعل)
شخص (اجنبى او بمجىء وقت) بان قال
ان دخل فلان الدار او اذا جاء رأس الشهر
فأنت طالق (و) الحال ان (التعليق
والشرط فى مرضه او) علق طلاقها (بفعل
نفسه) مطلقا سواء كان مما له بد منه اولا
بد له منه (وهما) أى التعليق والشرط
(فى مرضه او الشرط) فى مرضه (فقط) أى
دون التعليق (او) علق (بفعلها)
(و) الحال انه (لا بد لها منه) كالاكل
والشرب وكلام الابوين وصوم الفرض
وصلاته وتقاضى الدين والقيام والقعود
(وهما) اى التعليق والشرط (فى
المرض او الشرط) فيه دون التعليق
(ورثت) المراة فى جميع الصور
وعند زفر ومحمد لا ترث فى الصورة
الاخيرة (وفى غيرها) أى فى غير
هذه الوجوه المذكورة (لا) ترث
كما اذا علق طلاقها بفعلها والفعل مما
لها بد منه ككلام زيد غير مديون وكما اذا
علق طلاقها بفعل اجنبى او بمجىء وقت
فى الصحة ووجد الشرط فى المرض (ولو
أبانها فى مرضه فصح) المريض (ومات)
بمرض آخر (او ابانها فارتدت فأسلمت
ثم مات) وهى فى العدة

لا ترث

لاترث شيخ شاهين (قوله لم ترث فى الصورتين) أما فى الوجه الاول فلانه بالبرء تبين انه ليس بمرض الموت واما فى الثانى فلانه بارتدادها بطلت أهلية الارث فبالاسلام لا يعود السبب بخلاف النفقة حيث تعود لان سقوطها لفوات الاحتباس فاذا اسلمت عادت الى حبسه فتعود عينى (قوله وقال زفر ترث فى الصورة الاولى) لانه صار متهما بالفرار حين طلقها ظانا أنه مرض الموت عينى (قوله والمسئلة بحالها) أى بعد ما أبانها فانها ترث لان الحرمة ثبتت بفعله بخلاف ما اذا طاوعته ابتداء لان الفرقة من جهتها فلم يكن فارا وكذا اذا طلقها رجعيا ثم طاوعت لاترث لان الرجعى لا يزيل النكاح فتكون الحرمة مضافة الى المطاوعة وهو فعلها باختيارها بخلاف ما اذا طاوعت بعد ما ابانها لان الحرمة ثبتت بفعله فصار به فارا لتعلق حقها بماله ولا يبطل بثبوت المحرمية لانها لاتنافى الارث بخلاف الردة بعد الابانة لانها تنافى أهلية الارث زيلعى (قوله قذف امرأته وهو صحيح) تقييده بالصحة لا للاحتراز عما لو كان فى المرض بل ليعلم الحكم فيه بالاولى أو نقول انما قيد به لان فيه خلاف محمد كما سيذكره الشارح اذ لا خلاف له اذا كان فى المرض (قوله وفرق بينهما) أى فى مرض موته (قوله مريضا) جعله فى النهر قيدا فيهما أى اللعان والايلاء وكذا يستفاد من الزيلعى وهو كذلك اذ لو وقعت الفرقة باللعان فى صحته ثم مات لا ترث ولهذا قيد شيخنا اطلاق قول الشارح فيما سبق من قوله ولاعن وفرق بينهما بقوله فى مرض موته ومنه يعلم ما فى العينى من قوله وأشار الى كون الايلاء فى المرض بقوله مريضا الخ لايهامه ان المرض فى جانب اللعان غير معتبر وليس كذلك (قوله ورثت) اما فى اللعان فلانه ملحق بتعليق الطلاق بفعل لابد للمرأة منه اذ لابد لها من الخصومة لدفع العار عن نفسها فكانت مضطرة فلا يبطل حقها به واما فى الايلاء فانه بمنزلة تعليق الطلاق بمضى الزمان فكانه قال لها اذا مضى أربعة أشهر فأنت بائن درر وزيلعى (قوله وقال محمد لا ترث فى الاولى) أشار شيخنا الى انه أراد بالاولى ما سبق من قوله قذف امرأته وهو صحيح وجعلها اولى يستقيم بالنسبة لما بعدها من مسئلة الايلاء فسقط ما عساه أن يقال صواب العبارة فى الثانية (قوله لا ترث) لان الايلاء فى معنى تعليق الطلاق بمضى مدته الخالية من الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجىء الوقت نهر وقد تقدم ان التعليق اذا كان فى الصحة لا ترث خلافا لزفر حموى فان قيل فى الايلاء فى الصحة ينبغى أن يكون فارا لانه متمكن من ابطاله بالفىء فاذا لم يفئ حتى بانت كان قاصدا الابطال حقها فيرد عليه قصده فترث كما اذا وكل وكيلا فى الصحة فطلقها الوكيل فى مرض الموكل فانها ترث لانه جعل مباشرا لتمكنه من العزل قلنا لا يتمكن من الفىء الا بضرر وهو وجوب الكفارة عليه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكيل لانه متمكن من عزله حتى لو لم يقدر على عزله حتى أبانها لم ترث ذكره فى المنتقى زيلعى (فرعان) قال لها ان مرضت فأنت طالق ثلاثا كان فارا (الثانى) قال آخر امرأة أتزوجها طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات طلقت المرأة الاخرى عند التزوج فلا يصير فارا فلا ترث عنده وعندهما طلقت عند الموت فيصير فارا وترث لان الآخرية لا تتحقق الا بعدم تزوجه غيرها بعدها وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه وله ان الموت معرف انها آخر امرأة يتزوجها واتصافه بالآخرية من وقت التزوج فثبت مستندا درر ولا فرق فى عدم ارثها عند الامام بين أن تكون مدخولا بها او لا الا أنه ان دخل بها فلها مهر ونصف النصف بالطلاق قبل الدخول بها والمهر الكامل بالوطء بعد الطلاق الثلاث وعدتها بالحيض عنده وعندهما لها مهر واحد وعليها العدة لا بعد الاجلين شرنبلالية (تتمة) ارتدت ثم ماتت أو لحقت بدار الحرب فان كانت الردة فى المرض ورثها زوجها وان كانت فى الصحة لا يرث بخلاف ردته فانها فى معنى مرض موته فترثه مطلقا ولو ارتدا معا فان اسلمت هى ورثته والا لا تنوير وشرحه (قوله ذكر رافعه) أى الحرمة وذكر الضمير لان المصدر المختوم بالتاء يجوز رجوع الضمير اليه بالتذكير والتأنيث حموى

(لم ترث) فى الصورتين وقال زفر ترث فى الصورة الاولى (وان طاوعت ابن الزوج) أى فى الجماع والمسئلة بحالها (او لاعن) أى ان قذف امرأته وهو صحيح ولاعن وفرق بينهما (او آلى) حال كونه (مريضا) ثم مات وهى فى العدة (ورثت) وقال محمد لا ترث فى الاولى ولو قذفها فى المرض ورثت عندهم جميعا (وان آلى فى صحته وبانت به) بان انقضت مدته فى مرضه لا ترث ولما ذكر الايلاء (أى فى مرضه) سبب الحرمة ذكر رافعه عقبه حيث قال

(باب الرجعة)

ذكرها بعد الطلاق لانها متأخرة عنه طبعا فكذا وضعا لانها شرعت لرفع الطلاق والرفع أبدا يكون بعد الوقوع حموى (قوله اسم من رجع) أى اسم مصدر حموى يتعدى ولا يتعدى يقال رجع الى أهله ورجعته اليهم رددته رجعا ورجوعا ومرجعا نهر (قوله والفتح أفصح) عند الجمهور خلافا للازهرى فى دعوى أكثرية الكسر وللمكى تبعا لابن دريد فى انكار الكسر على الفقهاء نهر (قوله لرد سبب الزوال) هو على حذف مضاف أى لرد أثر سبب الزوال لان سبب الزوال وهو الطلاق لا يرتفع بالرجعة وانما الذى يرتفع بها أثره وهو الحرمة الموقوفة على انقضاء العدة فى الرجعى دون البائن ولا يلزم من ارتفاع الاثر ارتفاع المؤثر شيخنا و بالطلاق يتعجل المؤجل ولو راجعها لا يتأجل كما فى الخلاصة وصححه فى الظهيرية وفى الصيرفية لا يكون حالا حتى تنقضى العدة والقول بانقضاء العدة بالحيض قول المرأة بحر (قوله هى استدامة النكاح الخ) أى ابقاء النكاح على ما كان در رفالسين ليست للطلب قال الوانى أى طلب دوام النكاح الموجود قبل مضى العدة فقوله فى العدة متعلق بالاستدامة اذ المعنى تدارك دوام النكاح قبل زواله (قوله فى العدة) زاد بعض المتأخرين بعد الوطء لما مر من انه فى الخلوة الصحيحة تجب العدة ولا تصح الرجعة ولا حاجة اليه فى الماهية لان هذا من الشروط نهر (قوله وعند الشافعى استباحة الوطء) لان الطلاق الرجعى يحرم الوطء عنده لان ملك النكاح شرط جواز الوطء وقد زال بالطلاق ولنا قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن والبعل هو الزوج والتسمية به حقيقة تستلزم قيام الزوجية وقيامها يوجب حل الوطء ولا دلالة فى قوله تعالى أحق بردهن على ان ملكه قد زال لان الرد يستعمل للاستدامة يقال رد البائع المبيع اذا باعه بشرط الخيار ثم فسخ وهو لم يخرج عن ملكه لكن لما كان بعرضية أن يخرج لو لم يفسخ حتى مضت المدة سمى ردا فكذا هنا وقال تعالى فأمسكوهن بمعروف والامساك هو الابقاء فيكون أقوى دلالة على ان الرجعة استدامة زيلعى وقوله ثم فسخ ليس معطوفا على رد من قوله رد البائع المبيع بل على باع من قوله باع بشرط الخيار والتقدير اذا باع بشرط الخيار ثم فسخ يقال رد البائع المبيع (قوله ان لم يطلق ثلاثا) أو ثنتين ان كانت أمة ولم يقترن بعوض مالى ولا صفة تنبئ عن البينونة ولا مشبهة ولم يكن بكناية يقع بها البائن وعلى هذا فلو قال ان لم يطلق بائنا لكان أولى نهر (قوله ولا بائنا) من عطف العام على الخاص حموى لان الثلاث من افراد البائن (قوله وقد دخل بها وهى فى العدة) لو قال وقد وطئها لكان أولى حموى وقوله وهى فى العدة تكرار بلا فائدة شيخنا وفى الدر عن البزازية ادعى الوطء بعد الدخول وانكرت فله الرجعة لا فى عكسه (قوله ولو كانت لم ترض) واصل بما قبله فان الامر بالامساك مطلق فيشمل التقادير در أى حالة الرضى وعدمه وكذا تصح مع اكراه وهزل ولعب وخطأ در وأطلق المصنف فى عدم اشتراط رضاها فعم الغائبة وما فى العناية من انه يشترط اعلام الغائبة قال فى النهر انه سهو لما استقر من ان اعلامها انما هو مندوب فقط ولو قال ابطلت رجعتى أو لا رجعة لى عليك كان له الرجعة كما فى البدائع اه (قوله براجعتك) وارتجعتك ورجعتك ورددتك وأمسكتك ومسكتك وهذا صريح واشترط فى بعض المواضع فى رددتك الصلة كالى أو الى نكاحى أو الى عصمتى ولا يشترط ذكر الصلة فى الارتجاع والمراجعة قال الكمال وهو حسن اذ مطلقه يستعمل فى ضد القبول ومن الصريح النكاح والتزوج عند محمد وهو ظاهر الرواية وفى الينابيع وعليه الفتوى وهذا ركن الرجعة لانه اما قول أو فعل والقول الصريح ما تقدم والكناية أنت عندى كما كنت وأنت امرأتى فلا يصير مراجعا الا بالنية شرنبلالية عن الفتح والنهر (تتمة) تزوجها فى العدة لا يكون رجعة عند أبى حنيفة لان انشاء النكاح فى المنكوحة باطل لغو ولا يثبت ما فى ضمنه وعند محمد يكون رجعة وعن أبى يوسف روايتان

واختار

(باب الرجعة) بكسر الراء وفتحها والفتح أفصح اسم من رجع رجوعا وانما سميت بها لرد سبب الزوال (وهى استدامة النكاح القائم فى العدة) وعند الشافعى هى استباحة الوطء (وتصح الرجعة فى العدة ان لم يطلق ثلاثا ولا بائنا وقد دخل بها وهى فى العدة (ولو) كانت (لم ترض براجعتك) أى صح به فى الحضرة

واختار الفقيه أبو جعفر قول محمد وبه يفتى ورجعة المجنون بالفعل ولا تصح بالقول وقيل بالعكس وقيل بهما زيلعي وقوله ورجعة المجنون يعني اذا جن بعد ما طلق رجعيا (قوله وراجعت امرأتي) ويستحب اعلامها لئلا تنكح غيره بعد العدة فان نكحت فرق بينهما وان دخل در عن الشمني وما في الهداية من قوله لانه لو لم يعلمها ربما تقع في المعصية أي معصية التزوج بغيره فيه اشكال زيلعي لان المعصية لا تكون بدون العلم وفي الغاية لا تتحقق المعصية بغير ذلك الا ان يقال ينبغي أن لا تتزوج بغيره حتى تسأل عن ارتجاعه لانفراده به فاذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية وهذا مشكل أيضا من حيث انه اوجب عليها السؤال والمعصية بالعمل بما ظهر عندها قال الكمال وليس السؤال الا لدفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فهو وزان اعلامه اياها فاذا كان مستحبا لانه تصرف في خالص حقه فكذا سؤالها يكون مستحبا لانها في النكاح كذلك (قوله وبما يوجب حرمة المصاهرة) وان لم يقصد المراجعة بحر وهذا بيان للرجعة بالفعل ولكنه مكروه كما في البحر عن الجوهرة ونقل عن الحاوي القدسي اذا راجعها بقبلة اولمس فالافضل ان يراجعها بالاشهاد ثانيا اه لان السنة الرجعة بالقول والاشهاد واعلامها كما في شرح الطحاوي شرنبلالية (قوله وهو الوطء) بشرط ان لا يكون الوطء بعد تزوجها في عدته لان تزوجها لغو والوطء بناء عليه فتكون كالاجنبية كذا في القنية وأقول هذا يبتني على ما سبق من انه اذا تزوجها في العدة لا يصير مراجعا عند الامام والمختار قول محمد كما في الظهيرية (قوله والتقبيل) على أي موضع من بدنها (قوله بشهوة) حقق الكمال انه يكون مراجعا بالتقبيل ولو بدون شهوة (قوله واللمس بشهوة) لا فرق بين كون اللمس وما بعده منه أو منها بعد كونه باختيار منه فان كان اختلاسا بأن كان نائما أو مكرها قيل على قول أبي حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافا لابي يوسف واجمعوا انها لو ادخلت فرجه في فرجها وهو نائم أو مجنون كان رجعة ومقتضى ظاهر كلامه ان الوطء في الدبر لا يكون رجعة لما مر من انه لا يوجبها أي حرمة المصاهرة لكن الفتوى على انه رجعة وعلى هذا فينبغي انه اذا كان اللمس أو النظر بشهوة معه انزال أن يكون رجعة وان لم يوجب حرمة المصاهرة ولم اره لهم والفرق بين البابين ان المقصد هناك الجزئية وهنا الشهوة فيكون رجعة وان انزل شوبري (قوله والنظر الى فرجها) يعني الداخل نهر (قوله وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول) بناء على ان الطلاق الرجعي يحرم الوطء عنده فيكون مثبتا للحل كما هو اصله وعندنا لا يحرم فيكون استدامة زيلعي (قوله اذا قدر عليه) أما اذا لم يقدر فتكون الرجعة بالفعل والاشهاد أيضا حموي (قوله والاشهاد مندوب) أي على الرجعة بالقول وقيدنا الاشهاد بكونه على القول لان الاشهاد على الوطء لا يتحقق وفي الظهيرية قال محمد لا تقبل الشهادة على التقبيل واللمس والنظر انه بشهوة لانه لا علم للشاهد بها حموي عن البرجندي (قوله وقال مالك والشافعي لا تصح الرجعة الا بالاشهاد) لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم أمر وهو للوجوب ولنا النصوص المطلقة كقوله تعالى فأمسكوهن وبعولتهن أحق بردهن وكقوله عليه السلام مر ابنك فليراجعها من غير قيد بالاشهاد واشتراطه زيادة وهي نسخ فلا يجوز الا بمثله والامر في الآية محمول على الندب يدل عليه انه قرنها بالمفارقة وهي ليست شرطا فيه فكذا في الرجعة والعجب منهم انهم يشترطون الاشهاد في الرجعة اعتبارا بابتداء النكاح ولا يشترطون رضاها ولا تجديد المهر ولا الولي وأعجب منه ان مالكا يشترط فيها الاشهاد ولا يشترطه في ابتداء النكاح زيلعي والمراد من قوله وقال مالك والشافعي لا تصح الرجعة الا بالاشهاد خصوص الرجعة بالقول لا الرجعة بالفعل كما توهمه السيد الحموي فلهذا قال ينظر على قولهما كيف يتأتى الاشهاد (قوله فصدقته تصح الرجعة) لان النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى نهر (قوله وان لم تصدقه لا تصح الرجعة) لانه اخبر عما لا يملك انشاءه ولا مصدق له حتى لو أقام البرهان على انه قال في العدة راجعتها قبل قوله قال السرخسي هذا من اعجب المسائل حيث يثبت اقرار نفسه بالبرهان ولو اقر به في الحال لم يقبل ثم اذا لم يكن له برهان فلا يمين عليها نهر أي عند أبي حنيفة خلافا لهما وهي مسئلة الاستحلاف

(وراجعت امرأتي) في الحضرة والغيبة (و) تصح الرجعة (بما يوجب حرمة المصاهرة) وهو الوطء والتقبيل بشهوة واللمس بشهوة والنظر الى فرجها بشهوة وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول اذا قدر عليه بأن لا يكون اخرس أو معتقل اللسان (والاشهاد مندوب) ومستحب (عليها) اي على الرجعة (وقال) مالك والشافعي لا تصح الرجعة الا بالاشهاد (ولو قال بعد العدة راجعتك فيها) أي لو أخبر بعد مضيها بأن قال كنت راجعتك في العدة (فصدقته تصح) الرجعة (والا) اي وان لم تصدقه (لا) تصح الرجعة وكان القول لها (كراجعتك فقالت) حال كونها (مجيبة) له (قد مضت عدتي)

فى الاشباه الستة زيلعى وقول العينى بعد قول المصنف ولو قال بعد العدة راجعتك فيها فصدقته صح والا لا والقول قولها بغير يمين عند ابى حنيفة لانها صادفت حال انقضاء العدة فلا تصح وعندهما تصح الرجعة لان عدتها باقية ظاهرا ثم استشهد على الخلافية بالوفاقية بقوله كراجعتك فقالت مجيبة مضت عدتى لا تصح الرجعة اتفاقا الخ فيه خلل من وجوه اما اولا فتعليله هذه المسئلة بقوله لانها صادفت حال انقضاء العدة لا يناسب هنا وانما يناسب المسئلة التى بعدها والمناسب هنا التعليل بما سبق انه اخبر عن أمر لا يملك انشاءه وأما ثانيا فقوله وعندهما تصح الرجعة لان عدتها باقية ظاهر المسئلة الآتية وهى قوله كراجعتك فقالت مجيبة انقضت عدتى فان الامام قال لا تصح الرجعة لان كلامه صادف حال انقضاء العدة وقالا تصح الرجعة لان عدتها باقية ظاهرا مالم تقر بانقضاء العدة وقوله ثم استشهد على الخلافية بالوفاقية أقول الوفاقية هى الاولى والخلافية هى الثانية وقوله فانه لا تصح الرجعة اتفاقا اقول هذا حكم المسئلة السابقة لا هذه فان هذه مختلف فيها كما قدمناه ويعلم ذلك من عبارة اصله وهو الزيلعى شيخ شاهين (قوله على الفور متصلا بقوله الخ) فلو قالت مفصولا ثبتت الرجعة اتفاقا وأشار بكون الزوج بدأ الى انها لو بدأت فقالت انقضت عدتى فقال الزوج راجعتك فالقول لها اتفاقا ولو وقع الكلامان معا ينبغى أن لا تثبت الرجعة نهر وبحر (قوله فانه لا تصح الرجعة عند أبى حنيفة الخ) للصاحبين أنها صادفت العدة اذ هى باقية ظاهرا الى ان تخبر وللامام انها صادفت حالة الانقضاء لانها أمينة فى الاخبار عنه فاذا أخبرت دل ذلك على سبقه واقرب أحواله حال قول الزوج وهذا اذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله تثبت الرجعة الا اذا ادعت انها ولدت وثبت ذلك نهر (قوله والقول لها) مع اليمين عندهما وعليه الفتوى شرنبلالية فان نكلت ثبتت الرجعة بناء على ثبوت الرجعة بنكولها والفرق لابى حنيفة بين هذه وما قبلها ان الزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع من التزوج والاحتباس فى منزله جائز بخلاف الرجعة فان امتناعها عن الحلف بان عدتها مضت لا يكون بذلا منها للرجعة واعلم ان حكاية الاجماع فى الاستحلاف هنا وقعت للزيلعى وتبعه فى فتح القدير وفيه بحث لانها صحيحة عندهما فعلام تستحلف والذى فى البدائع وغيرها الاقتصار على قول الامام نهر (قوله وعندهما تصح والقول له) لا يقال فيه مخالفة لما فى العينى من دعوى الاتفاق على عدم صحة الرجعة لان دعواه الاتفاق غير مسلمة (قوله اوقالت الامة مضت عدتى الخ) ولو قالت بعد ذلك لم تنقض كان له الرجعة لانها أخبرت بكذبها فى حق عليها كذا فى شرح النقاية وفى فتح القدير لو قالت انقضت بالولادة لا يقبل الا ببينة ولو قالت اسقطت سقطا مستبين بعض الخلق فله ان يطلب يمينها على ان صفته كذا لا فرق فى ذلك بين الامة والحرة نهر (قوله فالقول لها فى الصورتين) اما الاولى فهى قول ابى حنيفة لان الرجعة تبتنى على قيام العدة والقول فيها قولها فكذا فيما يبتنى عليها وعندهما القول قول المولى لان البضع ملكه وهو خالص حقه ولو كان على القلب بان كذبه المولى وصدقته الامة فالقول قول المولى ولا تثبت الرجعة اجماعا فى الصحيح وقيل هى أيضا على الخلاف وقيل لا يقضى بشئ حتى يتفق المولى والامة واما الثانية فلانها أعرف بحالها وهى امينة فيه فيقبل قولها دون المولى والزوج عينى (قوله وعندهما القول قول المولى فى الاولى) لانه اقر بما هو خالص حقه فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح وله ان حكم الرجعة من الصحة وعدمها مبنى على العدة من قيامها وانقضائها وهى امينة فيها مصدقة فى الاخبار بالانقضاء لا قول للمولى فيها أصلا وانما يقبل قوله فى النكاح لانفراده به بخلاف الرجعة قيد بقوله وكذبته لانهما لو صدقاه ثبتت الرجعة اتفاقا ولو كذبه المولى وصدقته فكذلك فى الاصح اى لا تثبت والفرق للامام بين هذه وما مر انها منقضية العدة فى الحال ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها فى ابطاله بخلاف ما مر لان المولى بالتصديق فى الرجعة مقر بقيام العدة فلم يظهر ملكه معها فيقبل قوله وقيدنا بعدم البينة لانه لو أقامها ثبتت الرجعة نهر وانظر حكم ما لو كانت مشتركة بين رجلين فصدق أحدهما وكذبه الآخر على قولهما

على الفور متصلا بقوله فانه لا تصح الرجعة عند ابى حنيفة والقول لها وعندهما تصح والقول له (وان قال زوج الامة بعد) مضى (العدة) قد كنت (راجعت فيها فصدقه سيدها وكذبته) الامة (أو قالت) الامة (قد مضت عدتى وانكر) أى الزوج والسيد (فالقول لها) فى الصورتين عند أبى حنيفة وعندهما القول قول السيد فى الاولى (وتنقطع) الرجعة (ان طهرت) المعتدة (من الحيض الاخير)

حموى (قوله وهي الثالثة) لو أبقى قول المصنف من الحيض الآخر على اطلاقه ولم يقيده لكان أولى ليشمل عدة الامة فان الحيض الآخر يصدق بالثانية في حق الامة والثالثة في حق الحرة حموى (قوله لعشرة أيام) علة لطهرت أى لاجل تمامها سواء انقطع الدم أولا نهر (قوله حتى تغتسل) هذا اذا كانت مسلمة ولو كان غسلها بسؤر حمار مع وجود الماء المطلق والكتابية تنقطع رجعتها بمجرد الانقطاع لما دون العشرة لعدم خطابها و ينبغى ان تكون المجنونة والمعتوهة كذلك شرنبلالية عن النهر (قوله او يمضى عليها وقت صلاة) ينظر سر التعبير في باب الحيض بقوله ادنى وقت صلاة وقوله هنا وقت صلاة حموى واقول قول الشارح حتى لو بقى من الوقت الخ يقتضى ان المراد بالوقت الذى عبر المصنف به هنا ادناه وحينئذ فيكون كلام المصنف على حذف مضاف (قوله وهو القياس) لان التيمم حال عدم الماء ينزل منزلة الاغتسال بدليل جواز الصلاة وجواز دخول المسجد وغيره من الاحكام ولا فرق بين الحكم بجواز صلاة اديت و بين الحكم بجواز الاقدام على ادائها اذ كل واحد منهما يشترط له الطهارة فاذا كان كالاغتسال في حق الاحكام فكذا في حق هذا الحكم بل اولى لان انقطاع الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط الا ترى انها لو اغتسلت و بقيت لمعة في جسدها لم يصبها الماء أو اغتسلت بسؤر الحمار انقطعت الرجعة وان لم يجز لها أداء الصلاة ولهما انه طهارة ضرورية لكونه ملوثا حقيقة لانه لا يرفع الحدث بيقين حتى لو وجد الماء كان محدثا بالحدث السابق وانما جعل طهارة حكما ضرورة الحاجة الى اداء الصلاة كيلا تتضاعف عليها الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها زيلعى (قوله والصحيح ان الرجعة الخ) كذا في التبيين وشرح المجمع وكذا ماسبق من قول الشارح قيل تنقطع بنفس الشروع صححه أيضا في الجوهرة عن الفتاوى كما في الشرنبلالية ولومست المصحف أو قرأت القرآن او دخلت المسجد قال الكرخى تنقطع وقال الرازى لا تنقطع عينى (قوله ونسيت اقل من عضو الخ) فلو تعمدت اخلاءه عن اصابة الماء لم تنقطع نهر (قوله تنقطع الرجعة) لان تسارع الجفاف اليه بعد اصابته بالماء غير بعيد لا سيما في الحر الشديد لكن لا يحل لها التزوج وكذا لا يحل قربانها حتى تغسله احتياطا في أمر الفروج او يمضى عليها وقت صلاة نهر (قوله ولو عضوا تاما لا تنقطع) لانه كثير لا يتسارع اليه الجفاف عينى وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان تنقطع الرجعة لانها غسلت الاكثر وله حكم الكل وفيه قياس آخر أن الرجعة تبقى فيما دون العضو أيضا لان حكم الحدث لا يتجزأ زوالا كما لا يتجزأ ثبوتا فبقيت على ما كانت قبل الاغتسال وجه الاستحسان وهو الفرق بين العضو ومادونه ان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته واعلم ان مافي الزيلعى من قوله وفيه قياس آخر ان الرجعة لا تبقى فيما دون العضو صوابه تبقى بدون لا شيخنا عن الشلبى والحانوتى (قوله والاستنشاق) الواو بمعنى أو أى ترك كل بانفراده كترك عضو شيخنا عن الفتح ولو بقى أحد المنخرين لا تنقطع نهر عن الفتح (قوله وعنه وهو قول محمد هو بمنزلة مادون العضو) لان في فرضيتهما اختلافا فعلى الافتراض لا تنقطع وعلى السنية تنقطع فقطعها ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا كذا ذكر هذا التعليل لقول محمد في النهر وهو ظاهر ومنه يعلم ان ماوقع في كلام بعضهم حيث ذكر هذا تعليلا لمذهب ابى يوسف من ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل غير صحيح لان فيه مخالفة لما في النهر والزيلعى حيث جعلا هذا تعليلا لقول محمد و بفرض عدم المخالفة فالتعليل به لمذهب ابى يوسف لا يصح لانه حينئذ يكون تعليلا للشئ بنقيضه اذ مقتضى كون ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل بقاء الرجعة وعدم انقطاعها فتدبر (قوله وقال لم أطأها) سواء قال ذلك حال التطليق او بعده نهر (قوله اى له ان يراجعها) ولا عبرة بانكاره الوطء لان الشرع كذبه بجعل الولد للفراش درر ثم لا يخفى ان ظهور صحتها في ذات الحمل موقوف على ان تلده لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق وهذا لا ينافى صحتها قبله فلا مساحة في العبارة كما قال صدر الشريعة وان الصواب ان يقال ومن طلق حاملا منكرا وطئها فراجعها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر صحت الرجعة نهر وفيه نظر

وهي الثالثة التي تنقضي العدة بها (لعشرة) أيام (وان) كانت (لم تغتسل و) ان طهرت من هذا الحيض (لاقل) من عشرة أيام (لا) تنقطع الرجعة (حتى تغتسل او يمضى) عليها (وقت صلاة) حتى لو بقى من الوقت بعد الانقطاع ما تتمكن من الاغتسال وتحريمة الصلاة فذهب ذلك القدر يحكم بطهارتها وقال زفر لا تنقطع بمضى وقتها (أو تتيمم) ان لم تقدر على الماء بعد ما طهرت لدون العشرة (وتصلى) مطلقا سواء كانت مكتوبة أو تطوعا وان تيممت ولم تصل بقى حق الرجعة استحسانا وهو قولهما وعند محمد لم يبق وهو القياس ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عند أبي حنيفة وأبي يوسف والصحيح ان الرجعة لا تنقطع عندهما ما لم تفرغ منها (ولو اغتسلت) المعتدة من الحيضة الثالثة (ونسيت اقل من عضو تنقطع) الرجعة (ولو عضوا) تاما (لا) تنقطع وعن أبي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد هو بمنزلة ما دون العضو (ولو طلق ذات حمل أو) ذات (ولد وقال لم أطأها راجع) أي له أن يراجعها

وهو انه كيف يحكم بصحة الرجعة السابقة قبل وضعه لستة أشهر من وقت الطلاق مع انه لا يصير مكذبا فى انكاره الوطء المعقب للرجعة الا بالوضع للمدة المذكورة فدعوى ان الموقوف ظهور الصحة لا أصل الصحة ممنوع حموى وما فى ايضاح الاصلاح لابن الكمال من ان هذا التكذيب على تقدير ان لا يكون بين الولادة والنكاح أقل من ستة أشهر وكون الولادة لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق لا يستلزم ذلك فلابد للمسئلة من قيد آخر وردّه فى النهر بان الولادة اذا كانت لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فقد علم وجوده فى ذلك الوقت وكونه منه يعرف بما اذا ولدته لستة أشهر من وقت النكاح فتكذيبه فى الاكثر يستلزم تكذيبه فى الاقل وفيه نظر لان ابن الكمال مقصوده الرد على صدر الشريعة حيث ذكر ان المطلق القائل لم أطأ يصير مكذبا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق والذى فى كلام غيره ان تكذيب الشرع له على تقدير ان يكون بين الولادة والنكاح ستة أشهر وكون الولادة لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق لا يستلزم ذلك اى ان تكون الولادة لستة أشهر من وقت النكاح لجواز ان تلده لاقل من ستة أشهر من الطلاق ولا يكون بين الولادة والنكاح ستة اشهر بل أكثر وحينئذ فلابد ان يقال انما تصح الرجعة اذا ولدته لستة اشهر من وقت النكاح ولاقل منها من وقت الطلاق وبهذا التقرير يتضح لك ان كلام صاحب النهر لم يصادف المحز حموى (قوله هذا اذا كانت الولادة بعد التزوج) قبل الطلاق وانما قيدنا بقولنا قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضى به العدة فتستحيل الرجعة فان قلت قوله لم أطأها صريح فى عدم الجماع وثبوت النسب دلالة الجماع والصريح فوقها فكان اولى قلت الدلالة من الشارع أقوى من صريح العبد لاحتمال الكذب منه دون الشارع عينى وفى قوله وانما قيدنا بقولنا قبل الطلاق الخ تأمل لانه يقتضى عدم استفادته من كلام المصنف وليس كذلك اذ قول المصنف ولو طلق ذات ولد يقتضى كون الولادة قبل الطلاق فالمناسب أن يقال وشرط أن تكون الولادة قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده الخ كما فى الزيلعى والحاصل ان الزيلعى مصرح باستفادة الشرط المذكور من كلام المصنف خلافا لما فى كلام بعضهم حيث عزا للزيلعى ما يقتضى خلاف ذلك (قوله فى مدة يتصور ان يكون الولد منه) قيد فى ذات الحمل أيضا (قوله اما اذا كانت لاقل من ستة أشهر لا يكون له الرجعة) لعدم ثبوت النسب فلم يصر مكذبا شرعا (قوله وقال لم أجامعها ثم طلقها) لو قدم الطلاق على قوله لم اجامعها بان قال وان خلا بها فطلقها وقال لم اجامعها لكان اولى لان تأخير قوله ثم طلقها عن قوله لم اجامعها لا يدل على نفى الجماع قبل الطلاق لاحتمال وجود الجماع قبل الطلاق بعد قوله لم اجامعها ولهذا قدم الشارح الطلاق على قوله لم اجامعها حيث قال يعنى طلقها الخ ولما كان ذلك خلاف المتبادر من كلام المصنف لاسيما مع تعبيره بثم أتى الشارح بكلمة يعنى (قوله لا رجعة له عليها) لان الرجعة تثبت فى الملك المتأكد بالوطء وقد أنكره فيصدق فى حق نفسه والرجعة حقه وليس مكذبا شرعا لان تأكد المهر يبتنى على تسليم البدل وهو التخلية ورفع الموانع والعدة تجب احتياطا لاحتمال الوطء فلم يكن القضاء بهما أى بوجوب العدة وتأكد المهر قضاء بالدخول فيبطل بانكاره لانه لو أقر وانكرته كان له الرجعة (قوله صحت تلك الرجعة) أى ظهر صحتها لتكذيب الشارع له فى قوله لم أجامعها حيث جعله واطئا حكما لان الرجعة تبتنى على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لانه لا نسب بلا ماء ونزل واطئا قبل الطلاق لا بعده وان انكر لان تكذيبه اولى من حمله على الزنى نهر (قوله من بطن آخر) يعنى بعد ستة أشهر فأكثر (قوله لاقل من سنتين بيوم) من وقت نزول الطلاق (قوله او لاكثر) ولو من عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة لان امتداد الطهر لا غاية له الا الاياس نهر (قوله فهى) أى الولادة الثانية رجعة لان الولد الثانى يضاف الى علوق حادث بعد الطلاق فى العدة وبه يصير مراجعا نهر (قوله وذكر فى كتاب الدعوى الخ) أشار به الى ما ذكر من الفرق بين البابين دفعا لاشكال ذكره فى الكافى بقوله اذا ولدت لاقل من سنتين احتمل العلوق بعد الطلاق فكان رجعة واحتمل العلوق قبل الطلاق فلم يكن رجعة فلا

هذا اذا كانت الولادة بعد التزوج فى مدة يتصور ان يكون الولد منه وثبت نسبه منه بان ولدت لتمام ستة أشهر من يوم التزوج او أكثر اما اذا كانت لاقل من ستة أشهر لا يكون له الرجعة (وان خلا بها واغلق بابا أو أرخى سترا (وقال لم اجامعها ثم طلقها لا) رجعة له عليها (فان راجعها) والمسئلة بحالها يعنى طلقها بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم راجعها (ثم ولدت بعدها لاقل من عامين) بيوم من وقت الطلاق (صحت تلك الرجعة) اذا قال لامرأته (ان ولدت فانت طالق فولدت) ولدا (ثم ولدت من بطن آخر لاقل من سنتين بيوم او لاكثر (فهى) اى الولادة الثانية (رجعة) وذكر فى كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا اذا ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وان ولدت لاكثر من سنتين يكون رجعة (و) لو (كلما ولدت) ولدا (فانت طالق فولدت ثلاثة) اولاد (فى بطون مختلفة)

تثبت الرجعة بالشك اما هنا فقد سقط اعتبار هذا الاحتمال لانها ولدت ولدين فلو لم يجعل الثاني من علوق حادث لصار مع الولد الاول بطنا واحدا والاتحاد لا يثبت بالشك اذا كان بين الولدين ستة اشهر فصاعدا فصار الولد الثاني من علوق حادث بعد الطلاق فكان رجعة اه وقد أشار الزيلعي الى ذلك ايضا شيخنا (قوله فالولد الثاني والثالث رجعة) أي يظهر بهما الرجعة السابقة لان العلوق بوطء حادث في العدة فان قلت فيه حكم عليه بالوطء في النفاس قلت ليس للنفاس كمية خاصة اذ يجوز ان لا ترى شيئا أصلا نهر (قوله وان كانوا في بطن واحد الخ) ولو كان الاولان في بطن والثالث في بطن تقع واحدة بالاول لا غير وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شيء ولو الاول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان في الاول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شيء نهر (قوله وانقضت العدة بالثالث) فلا يقع به لان الطلاق المقارن لانقضاء العدة غير واقع (قوله والمطلقة الرجعية تتزين) لقيام النكاح وهو حامل على الرجعة وهي مستحبة أيضا عيني (قوله هذا اذا كانت المراجعة مرجوة) فيه اشارة الى ان الزوج حاضر شرنبلالية فليس لها ذلك لو غاب (قوله وندب ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها) قيده في الدرر بما اذا لم يقصد رجعتها تبعا للهداية واطلاق المصنف اولى لانه قد تقع المراجعة بالنظر الى داخل فرجها وهو مكروه فيندب ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها ولو قصد الرجعة دفعا لوقوع الرجعة بالمكروه وصرح لولوالجي بالاطلاق شرنبلالية عن البحر ومنه يعلم ان التعليل بلزوم تطويل العدة بان يقع نظره على ما به يصير مراجعا وهو لا يريدها فيطلقها فتطول عليها العدة فيلزمها الضرر انما يتمشى على ذلك التقييد وقد علمت ما فيه وأما ما علل به في الدرر من قوله لئلا يقع نظره على ما لا يحل نظره اليه لانها مطلقة في الجملة ففيه تأمل لان الكلام في المطلقة رجعيا ولا يحرم وطؤها فالنظر مثله بل اولى شرنبلالية (قوله ولا يسافر بها حتى يراجعها) وهذا اذا صرح بعدم رجعتها فلو لم يصرح كان السفر رجعة دلالة فتح بحثا وأقره المصنف در (قوله وقال زفر له ان يسافر بها) لان النكاح بينهما قائم فصار كانه لم يطلقها ولان المسافرة تكون رجعة دلالة لكونها حراما بدونها أي بدون المراجعة للنهي عن الاخراج والخروج فظاهر حاله اجتناب المحرم فصار كالوطء في النكاح الموقوف ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الآية نزلت في الطلاق الرجعي بدليل سياقه وهو قوله تعالى فطلقوهن وقوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا وقوله تكون رجعة دلالة لكونها حراما بدونها يبطل باخراجها الى ما دون السفر فانه حرام للنهي أيضا ومع هذا لا يكون رجعة زيلعي وقوله لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا أي يحدث المراجعة بان تبدو له المراجعة بعد صريح الطلاق وهو معقب للرجعة شيخنا عن خط الزيلعي (قوله والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء) لقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وهم الازواج والتسمية حقيقة تستلزم قيام الزوجية وقيامها يوجب حل الوطء بالاجماع عيني وهذا أي حل الوطء محله ما اذا اوقع الرجعي ابتداء فلو أوقعه بعد البائن حرم الوطء حموي عن المفتاح فان قلت لا حاجة الى ذكر هذه المسئلة أعني قوله والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء للعلم بها من قوله وبما يوجب حرمة المصاهرة أجيب بان المراد انه يجوز له وطؤها وان لم يقصد الرجعة غايته انه تقع الرجعة بغير قصده حموي عن البرجندي (قوله وقال الشافعي يحرم) لان الزوجية زائلة لوجود القاطع لان الطلاق عبارة عن رفع القيد وبقاء الزوجية يدل على بقاء القيد وبينهما منافاة ولنا قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن سماه بعلا وهو الزوج وجعله أحق بردها فدل على بقاء النكاح لان احدا لا يقدر على تملك الاجنبية بغير رضاها والرد لا يدل على الزوال كرد البيع بخيار البائع زيلعي

(فصل) فيما تحل به المطلقة لما ذكر ما يتدارك به الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره نهر (قوله بما دون الثلاث) يعني لو حرة وبما دون الثنتين لو أمة درر (قوله في العدة وبعدها) لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبلها ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في حقه كذا في الهداية وقال الكمال هذا تركيب غير صحيح والصحيح ان يقال لان حل المحل باق اولان المحلية باقية لان المحلية هو

(فالولد الثاني) يصير به مراجعا في الطلاق الاول (والثالث) يصير به مراجعا في الطلاق الثاني (رجعة) ويقع الطلاق الثالث بولادة الولد الثالث ووجبت العدة بالاقراء ولا سبيل الى الرجعة (وان كانوا في بطن واحد طلقت بالولد الاول وبالثاني وانقضت العدة بالثالث (والمطلقة الرجعية تتزين) أي تحلو وجهها وتتشوف في العدة أي تصقل خدها هذا اذا كانت المراجعة مرجوة اما اذا كانت تعلم انه لا يراجعها لشدة بغضها فانها لا تفعل ذلك وانما قيد بها لان المبتوتة والمتوفى عنها زوجها تحد على ما سيجيء (وندب) للزوج (ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها) ويعلمها بالتنحنح وخفق النعل (ولا يسافر) الزوج (بها) أي بالمطلقة الرجعية (حتى يراجعها) وقال زفر له ان يسافر بها (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء) حتى لو وطئها لا يغرم العقر وقال الشافعي يحرم حتى يغرم العقر

(فصل) فيما تحل به المطلقة (وينكح مبانته) بما دون الثلاث (في العدة وبعدها)

كون الشئ محلا ولا معنى لنسبة المحل اليها اذ لا معنى لمحل كونها محلا اه وقال شيخنا يعني المحبي يجوز ان تكون الاضافة بيانية شرنبلالية فان قلت التعليل بالاشتباه في النسب يشكل بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع اجيب بان هذه حكمة للحكم ووجودها راعي في الجنس لا في كل فرد وأجاب في العناية بان اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق وأما انه يلزم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز ان يكون ثمة مانع آخر وهو حق العبد ورد بان هذا أيضا تعليل في مقابلة النص فالاولى ان يقال المنع عام في العدة بالنص وهو قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله خص منه العدة من الزوج نفسه بالاجماع نهر وفيه ان هذا مقرر للسؤال لا دافع حموي وقوله خص منه العدة من الزوج نفسه وكذا المولى اذا أعتق أم ولده اذ العدة عليها بطريق الالحاق بالمنكوحة وفراش أم الولد وان كان اضعف من فراش المنكوحة الا انهما يشتركان في أصل الفراش بحر من العدة (قوله لا المبانة بالثلاث) وعم كلامه غير المدخول بها أيضا وما في مشكلات القدوري من ان له ان يتزوجها بلا تحليل لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره يعني المدخول بها قال في فتح القدير انه زلة عظيمة والامر فيه من ضروريات الدين لا يبعد اكفار مخالفه لكن الاولى حمله على ما اذا طلقها ثلاثا متفرقة لانه اوقع الثلاث بكلمة واحدة كما ذكره البخاري شارح الدرر نعم في الاطلاق مؤاخذة لا تخفى نهر وقوله لكن الاولى حمله الخ وجهه انها تبين بالاولى لا الى عدة لكونها غير مدخول بها فلا تلحقها الثانية ولا الثالثة (قوله حتى يطأها غيره) في المحل المتيقن به فلو جامع المفضاة لا يحلها ما لم تحمل ولو صغيرة لا يجامع مثلها لا يحلها وان كان مثلها يجامع حلت وفي القنية أولج في محل البكارة تحل للاول وكانه ضعيف لما في الشرح يشترط ان يكون الايلاج موجبا للغسل وهذا ليس كذلك ففي طهارة المحيط لو أتى امرأة وهي عذراء لا غسل عليه لان العذرة مانعة من مواراة الحشفة والحاصل انها لا تحل بمجرد العقد بل لا بد من الوطء بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فان النكاح المذكور فيه يحمل على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد من اطلاق اسم الزوج وأما السنة فما روي عن عائشة رضي الله عنها ان رفاعة بن سموءل القرظي طلق امرأته تميمة بنت وهب فبت طلاقها فتزوجت بعده بعبد الرحمن ابن الزبير فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت انها كانت تحت رفاعة فطلقها ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وانه والله ليس معه الا مثل هذه الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها قالت فتبسم صلى الله عليه وسلم ضاحكا وقال لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته وهذا الحديث مشهور فجاز ان يزاد به على مطلق الكتاب بناء على ان المراد بالنكاح في الآية هو العقد وأما على ان المراد به الوطء فلا اشكال وأما الاجماع فان الامة أجمعت على ان الدخول بها شرط الحل ولم يخالف في ذلك الا سعيد بن المسيب والخوارج والشيعة وداود الظاهري وبشر المريسي وذلك خلاف لا اختلاف لعدم استناده الى دليل زيلعي وتميمة بفتح التاء وقيل بالتصغير وهو الارجح وسموءل بفتح المهملة والميم وسكون الواو بعدها همزة ثم لام والقرظي بالراء والظاء المعجمة شيخنا عن فتح الباري قال وفي جامع الاصول سموال بكسر السين المهملة ويقال بفتحها وسكون الميم وتخفيف الواو وباللام اه والزبير بفتح الزاي وكسر الباء بلا خلاف سيوطي وابن المسيب بكسر الياء وفتحها وهو الاشهر والاول اولى لانه كان يكره الفتح وقال في تنبيه الطالب لابن عبد السلام المسيب بكسر الياء المشددة المثناة من تحتها على قول أهل المدينة وبفتحها على قول أهل العراق قال صاحب المشارق والمشهور فتحها وروي عن ابنه سعيد انه كان يكسر الياء ويقول سيب الله من يسيب ابي شيخنا عن خط أحمد بن يونس وهو أي سعيد بن المسيب احد فقهاء المدينة السبعة ومن كبار التابعين وبشر المريسي رئيس أهل الاعتزال قال في الخلاصة وهذا القول مهجور وفي الشرنبلالية عن الصدر

الشهيد

(لا المبانة) أي لا ينكح المبانة (بالثلاث) مطلقا سواء كانت في العدة أولا (لو) كانت المبانة (حرة و) لا ينكح (أمة حتى يطأها (بالثنتين لو) كانت

الشهيد من أفتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ونقل عن القنية رجوع سعيد ابن المسيب عما كان يقول به من عدم اشتراط الدخول (قوله غيره) أي زوج غيره ولو ذميا للذمية كانت تحت مسلم او مجنونا حرا كان او عبدا نهر (قوله ولو مراهقا) او خصيا يقدر على الجماع حموي وما في الدر المختار من قوله او مجبوبا يحمل على ما اذا بقي من آلته قدر الحشفة (قوله أي قريبا الى البلوغ) قال في شرح المجمع المراهق من قرب الى البلوغ وتحركت آلته واشتهى قيد بالمراهق لانه عليه السلام شرط اللذة من الطرفين انتهى وفي فوائد شمس الائمة انه مقدر بعشر سنين شرنبلالية عن الفتح (قوله بنكاح صحيح) خرج الفاسد بخلاف اليمين بانه لم يتزوج فيما مضى حيث يحنث بالفاسد أيضا لان المراد مجرد صحة الاخبار زيلعي ومن الفاسد ما لو كان الزوج غير كفء على ما عليه الفتوى هذا اذا كان لها ولي فان لم يكن صح اتفاقا فكون الزوج عبدا مفرع على ظاهر الرواية او محمول على عدم وجود الولي نهر ولا بد وان يكون نافذا اذ الموقوف لا يحلها كما لو تزوجها عبد بغير اذن المولى ودخل بها ثم لو وطئها بعد الاجازة حلت ولا فرق بين ان يعترف الزوج بالطلاق الثلاث او لا حتى لو علمت بذلك وانكره كان لها ان تتزوج بآخر اذا غاب ثم اذا حضر التمست منه تجديد النكاح قيل هذا في الديانة أما في القضاء فليس لها ذلك وفي القنية عن الترجماني انه لا يجوز في المذهب وفي البزازية ان الزوج غائبا ساغ لها التزوج بآخر ولو كان حاضرا الا ان الزوج ان انكر احتيج الى القضاء بالفرقة ولا يجوز القضاء بها الا بحضرة الزوج بحر ومنه يعلم ان ما في النهر من قوله ولو كان غائبا الا صوابه ابداله بالحاضر ولو لم تقدر على منعه الا بقتله فانها تقتله بالدواء ولا تقتل نفسها وكان الاسبيجابي يقول ليس لها قتله وعليه الفتوى وذكر الاوزجندي انها ترفع الامر الى القاضي فان حلفته حيث لا بينة لها وحلف فالاثم عليه وفي القنية سئل عن امرأة حرمت على زوجها ولا يقدر ان يتخلص عنها ولو غاب عنها سحرته وردته اليها هل يحتال في قتلها بالسم قال لا يحل ويبعد عنها بأي وجه قدر ومن لطيف الحيل ان تزوج المطلقة من عبد صغير تتحرك آلته ثم تملكه بسبب من الاسباب بعد ما وطئها فينفسخ النكاح بينهما ووطء المولى لا يحلها لانه ليس بزوج وهو الشرط بالنص وكذا لا تحل له بملك اليمين ما لم تتزوج بزوج آخر زيلعي ولو قالت دخل بي وأنكر أو عكسه اعتبر قولها ولو قال النكاح فاسد لاني جامعت أمها فان صدقته لا تحل والا حلت واعلم ان هذا كله فرع صحة النكاح الاول فلو كان بلا ولي أو بلفظ الهبة أو بحضرة فاسقين فطلقها ثلاثا ثم تزوجها بلا تحليل وقضى بصحته شافعي صح وبه لا يظهر ان الوطء في النكاح الاول كان حراما وان في الاولاد خبثا لان القضاء اللاحق كدليل النسخ يعمل في القائم والآتي لا في المنقضي نهر (قوله وتمضي عدته) سواء كانت عدة وفاة أو طلاق أو فسخ (قوله لا بملك يمين) عطف على بنكاح أي لا تحل المبانة بالثلاث أو الثنتين أما الثلاث فبأن يكون تحته حرة طلقها ثلاثا ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم اشتراها لم تحل له حتى تتزوج بزوج آخر يعني باذن المولى وأما بالثنتين فبأن يكون تحته أمة طلقها ثنتين فوطئها مولاها لا تحل للزوج أو اشتراها الزوج بعد لا تحل له بوطئه حتى تتزوج بزوج آخر وبهذا التقرير يظهر ما وقع من القصور في كلام الشارحين لهذا الموضع ولو صرح المصنف بالموصوف وقال حتى يطأها زوج غيره لم يحتج الى هذه الجملة حموي أي التي هي قوله لا بملك يمين (قوله وكره النكاح بشرط التحليل) أي للزوج الاول والثاني جميعا حموي عن الظهيرية أي كراهة تحريم فتح اما لو أضمرا ذلك في قلبهما فلا يكره بل يكون مأجورا لان مجرد النية في المعاملات غير معتبرة وقيل المحلل مأجور وتأويل اللعن اذا شرط الاجر عليه شرنبلالية وما في النهر من ان الحديث محمول على ما اذا تزوجها بشرط التحليل نظر فيه السيد الحموي بأن فاعل الحرام لا يستوجب اللعن ففاعل المكروه تحريما أولى ومن ثم قيل المراد من الحديث احللت بنتي أو اختي أو نحوهما بغير نكاح وأما هذا فما أحله بل أحله الشرع بل المحلل مأجور على ذلك كذا في الملتقط وفي الروضة اذا زوجت نفسها بشرط التحليل جاز النكاح والشرط جميعا حتى اذا لم يطلقها الثاني يجبره القاضي على

غيره) مطلقا سواء كان في حيض أو نفاس أو احرام أو هو صائم أو هي صائمة وسواء أنزل أو لا (ولو) كان ذلك الغير (مراهقا) أي صبيا قريبا الى البلوغ وقال مالك لا يصح (بنكاح) أي حتى يطأها بنكاح (صحيح و) حتى (تمضي عدته) أي عدة ذلك الغير (لا بملك اليمين) لان وطء المولى ليس بنكاح (وكره) النكاح (بشرط التحليل) بأن يقول أتزوجك على أن أحللك للزوج الاول

ذلك فان طلقها برأى نفسه حل تزوجها للاول والفتوى على قوله وعند محمد النكاح والشرط باطلان حتى لا يجوز للثانى أن يطأها ولا للاول أن يتزوجها اذا فارقها ولو بعد الوطء حموى عن البرجندى ويخالفه ما سيأتى فى كلام الشارح من قوله وعند محمد النكاح الثانى صحيح ولعل الصواب فى كلام البرجندى ابدال محمد بأبى يوسف وقوله برأى نفسه لا مفهوم له لما ان طلاق المكره واقع ثم رأيته فى النهر رد ما فى روضة الزندوستى من عزوه للامام جواز كل من النكاح والشرط معزيا للعناية والفتح (قوله وان حلت للاول) لوجود الدخول فى نكاح صحيح لما عرف من انه لا يبطل بالشرط الفاسد فلا يجبر على الطلاق ومن الحيل اذا خافت أن لا يطلقها المحلل ان تقول زوجت نفسى على ان امرى بيدى أطلق نفسى متى شئت فاذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الامر بيدها بخلاف ما لو قال لها تزوجتك على ان امرك بيدك فقبلت جاز النكاح ولغا الشرط لان الامر انما يصح فى الملك أو مضافا اليه ولم يوجد واحد منهما بخلاف ما مر لان الامر صار بيدها مقارنا لصيرورتها منكوحة ومن الحيل أن يقول ان تزوجتك فأمرك بيدك بعدما أتزوجك فطلقى نفسك ومنها ان يقول ان تزوجتك وجامعتك فأنت بائن ولو خافت أن يمسكها من غير وطء يقول لها ان تزوجتك وامسكتك فوق ثلاثة ايام نهر (قوله وعند أبى يوسف النكاح فاسد الخ) لان هذا فى معنى شرط التوقيت فيكون فى معنى المتعة فيبطل عينى (قوله وعند محمد النكاح الثانى صحيح ولا تحل للاول) لكونه استعجل بالمحظور فيعاقب بالحرمان عينى (قوله كما يهدم الثلاث عندهما الخ) والخلاف مقيد بما اذا دخل بها فان لم يدخل بها لا يهدم اتفاقا وانتصر الكمال لمحمد بما يطول ثم قال فظهر ان القول ما قاله وهو الحق نهر وقال القاضى أبو زيد متى نظرت الى الحديث كان الامر كما قال أبو حنيفة ومتى نظرت الى موجب نص الآية أشكل وانه اولى الامرين قولا بظاهر كلمة حتى كذا فى كشف البزدوى وقول البرجندى ولا يخفى ان الآية تدل على انتهاء الحرمة الغليظة بالزوج الثانى ولا تدل على عدم انتهاء الحرمة الخفيفة يشير الى رد ما ذكره البزدوى من الاشكال فهو انتصار لمذهب الامام محصل كلام البزدوى ان قوله تعالى فان طلقها الى قوله حتى تنكح الآية يفيد ان الزوج الثانى انما يهدم الحرمة الغليظة الثابتة بالطلاق الثلاث اذ المراد بقوله تعالى من بعد هو الثلاث فلهذا استشكل مذهب الامام ومحصل كلام البرجندى ان الآية مصرحة بأن الزوج الثانى يهدم الحرمة الغليظة ولا دلالة فيها على عدم هدمه للحرمة الخفيفة لسكوت الآية عن ذلك فلا اشكال حينئذ غايته انا نحتاج لدليل آخر يثبت به ان الزوج يهدم الحرمة الخفيفة كالغليظة وهو الحديث لكن ينظر ما المراد بالحديث والظاهر ان المراد به حديث المحلل لا حديث العسيلة اذ حديث العسيلة مصرح فيه بكون الطلاق ثلاثا لا يقال انما جعل محللا فى صورة الحرمة الغليظة لانا نقول انه مثبت للحل فى الخفيفة بالدلالة لانه لما كان محللا فى الغليظة ففى الخفيفة بالاولى (قوله ومضى عدة الزوج الثانى) ليس المراد انها قالت مضت عدتى من الثانى فقط بل قالت تزوجت ودخل بى الزوج وطلقنى وانقضت عدتى نهر عن الهداية وفى النهاية انما ذكر اخبارها هكذا مبسوطا لانها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثانى دخل بى ان كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق والا تصدق وفيما ذكرته مبسوطا لا تصدق فى كل حال وعن السرخسى لا يحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها لاختلاف الناس فى حلها بمجرد العقد شرنبلالية عن الفتح وفى الفصول العمادية اذا طلقها الثانى بعد الوطء ثم تزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم القاضى بصحته نفذ اذ هو مجتهد فيه فان عند زفر لا حاجة لها الى العدة حموى عن البرجندى (قوله له أن يصدقها مع اليمين) سواء كانت عدلة أو لا حموى عن الخلاصة وشرح ابن الشلبى (قوله ان غلب على ظنه صدقها) لانه امامن المعاملات لكون البضع مقوما عند الدخول أو الديانات لتعلق الحل به وقول الواحد مقبول فيهما درر وفى جامع الفتاوى أنكرت دخول الثانى بعد اقرارها لا تصدق وفيه معزيا للبزازى قالت للاول تزوجت بآخر وانقضت عدتى فتزوجها ثم قالت كذبت ولم أكن تزوجت فان لم تكن اقرت بدخول الثانى

تصدق

(وان حلت للاول) عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف النكاح فاسد ولا تحل للزوج الاول وعند محمد النكاح الثانى صحيح ولا تحل للاول (ويهدم الزوج الثانى ما دون الثلاث) يعنى اذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين ومضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثانى ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث عندهما وعند محمد وزفر والشافعى لا يهدم ما دون الثلاث (ولو اخبرت مطلقة الثلاث بمضى عدته و) مضى (عدة الزوج الثانى و) الحال ان (المدة تحتمله) اى المذكور وهو عدتان (له) اى الزوج (أن يصدقها ان غلب على ظنه صدقها)

صدق ويبطل النكاح وان أقرت لا وفيه عن البزازى أيضا أخبرت بوطء الثانى وقبل الاول ما كان الثانى وطئ يفرق بينهما وفيه عن الاجناس أخبرت بأن الثانى دخل بها حلت للاول وان كذبها فيه (قوله عند أبى حنيفة شهران الخ) يجعل كأنه طلقها فى أول الطهر بعد الوقاع فيجعل طهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لا كثره فيؤخذ لها بالاقل وحيضها خمسة لان اجتماع اقلهما فى امرأة واحدة نادر فيؤخذ لها بالوسط فثلاثة أطهار يكون خمسة وأربعين يوما وثلاث حيض خمسة عشر يوما فصارت ستين وهذا على تخريج محمد لقول أبى حنيفة وعلى تخريج الحسن يجعل كأنه طلقها فى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة فيجعل حيضها عشرة أيام وطهرها خمسة عشر يوما لانا لما قدرنا طهرها بالاقل قدرنا حيضها بالاكثر ليعتدلا ففيها طهران بثلاثين يوما وثلاث حيض بثلاثين فصارت ستين يوما فهذا من الزوج الاول فتحتاج الى مثله من الزوج الثانى وزيادة طهر على تخريج الحسن زيلعى وقوله وزيادة طهر هو الذى وقع فيه تزوجها بالثانى وطلقها ونقل البرجندى عن القاعدى ان ابتداء المدة اعتباره من وقت الحيض لا من وقت الطهر حموى وقولهم الامكان بشهرين عند الامام محله ما اذا لم تقل أسقطت سقطا استبان بعض خلقه ومهم بهذه المدة دليل على ضعف قول من قال بقبول قولها انقضت عدتى بعد يوم أو أقل لاحتمال سقط من غير تصريح منها بذلك بحر (قوله تسعة وثلاثون يوما) يجعل كأنه طلقها فى آخر الطهر فيجعل حيضها ثلاثة أيام وطهرها خمسة عشر يوما أخذا بالاقل فيهما للتيقن به ففيها طهران بثلاثين يوما وثلاث حيض بتسعة أيام ويحتاج الى مثلها فى حق الزوج الثانى وزيادة طهر بخمسة عشر يوما زيلعى (قوله وعنده فى رواية محمد فى أربعين) أى وعند الامام فى تخريج محمد الخ وجهه انه يجعل طلاقها فى أول الطهر فيحتاج الى طهرين بثلاثين وحيضتين بعشرة لان اجتماع اقلهما فى امرأة نادر وعلى تخريج الحسن خمسة وثلاثون يوما ثم تحتاج الى مثله فى حق الثانى وزيادة طهر بخمسة عشر يوما على رواية الحسن زيلعى

وأدنى هذه المدة عند أبى حنيفة شهران ان أخبرت بالمضى بالاقراء وعندهما تسعة وثلاثون يوما وان كانت أمة فعندهما تصدق فى احد وعشرين يوما وستة للحيضتين وخمسة عشر للطهر وعنده فى رواية محمد فى أربعين والله أعلم

(باب الايلاء)

الاصل فيه قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وقرأ ابن مسعود فان فاؤا فيهن اى رجعوا فى الاربعة الاشهر قال الواحدى كان ايلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين وأكثر فوقته الله أربعة أشهر فمن كان ايلاؤه دون أربعة أشهر فليس بايلاء شيخنا عن الغاية (قوله والمناسبة الخ) أى بين الايلاء والرجعة لكن يبقى الكلام فى تقديم الرجعة على الايلاء حموى وفى النهر اعتبر المناسبة بين الطلاق الرجعى والايلاء وذكر ان وجه تقديم الرجعى على الايلاء وان اشتركا فى ان كلا منهما لا يوجب الحرمة للحال بل بعد انقضاء العدة فى الرجعى وبعد انقضاء المدة فى الايلاء ان الحرمة بلفظ الطلاق تنجيزا أو تعليقا هى الاصل وقوله فى النهر فقدمت صوابه تذكير الفعل لان المرجع الذى هو الرجعى مذكر الا ان يقال التأنيث باعتبار حرمة الرجعى الثابتة عند انقضاء العدة (قوله وكذلك الايلاء) سبب الحرمة غير انها بلفظ الطلاق هى الاصل فقدمت ثم أولى الايلاء لعدم استلزامه للمعصية بخلاف الظهار واللعان فانهما لا ينفكان عنها والخلع وان شاركه فى ذلك الا انه لاختصاصه بالمال كان بمنزلة المركب من المفرد نهر (قوله وهو فى اللغة الخ) اعلم ان الايلاء لغة مصدر آلى كأعطى والجمع الايا كعطايا ومنه قوله

قليل الالايا حافظ ليمينه * وان بدرت منه الالية برت

وقوله بدرت بالباء من قولهم بدر منه كلام أى سبق والبادرة البديهة شيخنا عن المغرب فقوله وان بدرت الخ أى وان سبقت منه يمين بر فيها (قوله وهو الحلف) فعلى هذا يكون بين الايلاء والحلف الترادف لكن هذا أحد قولين والقول الآخر الايلاء اليمين على ترك الفعل والحلف اليمين على الترك أو الفعل فيكون بينهما العموم والخصوص كذا يستفاد من عبارة البرجندى ونصه هو أى الايلاء لغة الحلف والالية وهى

(باب الايلاء) والمناسبة ان الطلاق سبب الحرمة والرجعة رافعة لها وكذلك الايلاء سبب الحرمة والفيء رافع لها وهو فى اللغة اليمين وهو الحلف بالله سبحانه أو غيره من الطلاق

اليمين تقول آلى أي حلف والقياس ان يعدى بعلى كالحلف لكن لما تضمن معنى البعد عدى بمن وقيل الالية اليمين على ترك الفعل والحلف اليمين على الترك والفعل والقسم كذلك اه فالواو من قوله على الترك والفعل بمعنى أو ومنه تعلم ان مانقله السيد الحموي عن الظهيرية من قوله الالية الحلف على الامتناع والحلف اليمين على الفعل والقسم واليمين فيهما اه فيه سقط وصواب العبارة والحلف اليمين على الفعل او الترك واذا عرفت ان في العبارة سقطا كما ذكرناه فليس في كلام الشارح التعبير بالمباين كما توهمه السيد الحموي (قوله أو العتاق) هذا اذا كان المولى حرا وأما العبد اذا آلى بما فيه كفارة فكفارته بالصوم فقط ولم أر حكم مالو علق بحج أو عتق أو صدقة هل يصح تعليقه ويتأخر ذلك الى عتقه أو لا يصح ثم رأيته في البدائع قال وأما حرية المولى فليست بشرط لصحة الايلاء بالله وبما لا يتعلق بالمال حتى لو قال العبد لامرأته والله لا أقربك أو قال ان قربتك فعلي صوم أو حج أو عمرة أو امرأتي طالق يصح ايلاؤه حتى لو لم يقربها في المدة تبين منه وان قربها ففي اليمين بالله تلزمه الكفارة بالصوم وفي غيرها يلزمه الجزاء المذكور لان العبد أهل لذلك وان كان الحلف بما يتعلق بالمال بأن قال ان قربتك فعلي عتق رقبة أو علي ان أتصدق بكذا لا يصح يعني الايلاء لانه ليس من أهل ملك المال اه واستفيد من كلامه ان ما يتعلق بالمال فالحرية شرط لصحة الايلاء به حموي (قوله وفي الشرع الخ) قال الزيلعي الايلاء في الشرع عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدا منعا مؤكدا بشئ يلزمه ويشق عليه وركنه قوله والله لا أقربك ونحوه وشرطه المحل والاهل وهو أن تكون المرأة منكوحة والحالف أهلا للطلاق عند أبي حنيفة ولوجوب الكفارة عندهما وان لا تكون المدة منقوصة عن أربعة أشهر وحكمه وقوع الطلاق عند البر ووجوب الكفارة أو نحوه عند الحنث اه فما في الدرر من قوله وحكمه طلقة بائنة ان بر والكفارة والجزاء ان حنث فيه تأمل لانه يقتضي ان الكفارة والجزاء يجبان معا وليس كذلك ويمكن الجواب بحمل الواو بمعنى أو شيخ شاهين ثم ماسبق من ان شرطه كون المرأة منكوحة لو قال كونه في النكاح أو مضافا اليه لكان أولى ليدخل مالو قال لاجنبية ان تزوجتك فوالله لا أقربك خمسة أشهر فتزوجها قبل مضي شهر فانه يكون موليا وانما لم يذكره المصنف في التعريف حيث لم يقل هو الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر أو أكثر حاصلا في النكاح أو مضافا اليه لان شأن الشروط خروجها عن الماهية كما في النهر متعقبا لما في الاصلاح حيث قال وهذا التقييد لابد منه والا يشكل بما سبق من قوله لاجنبية ان تزوجتك الخ لكن انتصر السيد الحموي للاصلاح حيث نظر في كلام النهر بأن ذاك انما هو في الماهية الحقيقية لا الاعتبارية والتقييد بقوله ويشق عليه للاحتراز عما اذا قال ان قربتك فلله علي ان اصلي ركعتين أو اغزو حيث لا يكون موليا لانه مما لا يشق على النفس وان تعلق اشقاقه بعارض ذميم في النفس من الجبن والكسل بخلاف مالو قال فعلي مائة ركعة ونحوه فانه يكون موليا شرنبلالية عن الكمال وقياسه أن يكون موليا بما انه ختمة أو اتباع مائة جنازة درر وسببه كالسبب في الرجعي وهو الداعي من قيام المشاجرة وعدم الموافقة نهر واذا كان الشرط أهلية الطلاق عند الامام صح ايلاء الذمي بما فيه كفارة عنده لكن لا كفارة عليه اذا قربها وانما لم تجب الكفارة في حنث الذمي لانها عبادة وهو ليس من أهلها ولهذا وقع الطلاق عليه بمضي المدة وعند صاحبيه لا يصح ايلاؤه (والحاصل) ان ايلاء الذمي على ثلاثة أنواع صحيح اتفاقا كما لو حلف بما لا يتعلق به قربة كالعتاق وباطل اتفاقا كالحلف بالحج والصوم والصدقة ومختلف فيه وهو حلفه بالله شيخنا عن شرح المجمع (قوله هو الحلف على ترك الخ) اعلم ان الايلاء في الشريعة عبارة عن اليمين على ترك وطء المنكوحة مدة معلومة بأن قال لامرأته والله لا أقربك أربعة أشهر والمراد بالنساء الزوجات لانه عند الاطلاق ينصرف الى الحرائر دون الاماء لان معنى الانضمام والازدواج في الاماء ناقص ظهيرية وفيه نظر لان امة الغير اذا كانت منكوحة يصح الايلاء منها وقوله مدة معلومة يرد عليه مالو قال لها والله لا أقربك أبدا فانه ليس له مدة معلومة حموي وأقول يجاب عن الاول

أو العتاق أو الحج أو نحو ذلك وفي الشرع
هو والحلف على ترك

بأن المراد بالحرائر المملوكات بالعقد وقد سبق لنا نظير ذلك فى فصل المحرمات فى شرح الكلام على قوله وأم امرأته فليس المراد بالحرائر ما قابل الاماء ويراد بالاماء فى قوله والازدواج فى الاماء ناقص خصوص المملوكات بملك اليمين فلا يرد حينئذ ما نظر به وعن الثانى بأن المراد بالمدة المعلومة ما بلغت أربعة أشهر فصاعدا فالمراد ان لا تكون أقل من أربعة أشهر واليه يشير قول المصنف هو الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر أو أكثر (قوله قربانها) القربان مصدر قرب يقرب من باب فعل بكسر العين فى الماضى وفتحها فى المضارع وله مصدران القربان والقرب بمعنى الدنو بحر عن ضياء الحلوم وفى المصباح قربت من باب تعب وفى لغة من باب قتل قربانا بالكسر فعلته أو دانيت ومن الاول ولا تقربوا الزنا ويقال منه أيضا قربت المرأة قربانا كناية عن الجماع ومن الثانى لا تقرب الحمى أى لا تدن منه اه (قوله كقوله الخ) نبه بالكاف على انه ليس منحصرا فى هذين بل منه أيضا لا أجامعك لا أطأك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة فان ادعى انه لم يعن الجماع لم يدين فى القضاء وجعل فى البدائع الصريح لا اجامعك فقط وما عداه يجرى مجرى الصريح وجعل منه الافتضاض فى البكر قال فى الفتح والاول أولى لان الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال سواء كانت حقيقة او مجازا الا بالحقيقة ولكناية لا امسك لا آتيك لا اغشاك لا المسك لاغيظنك لأسوءنك لا أدخل عليك لا اجمع رأسى ورأسك لا اضاجعك لا اقرب فراشك نهر (قوله لا اقربك أربعة اشهر) سواء كانت طاهرة او حائضا ولا خلاف انه ان وقع فى غرة الشهر اعتبرت مدته بالاهلة ولو وقع فى بعضه فلا رواية فيه عن الامام وقال الثانى يعتبر بالايام وعن زفر اعتبار بقية الشهر بالايام والشهر الثانى والثالث بالاهلة وتكمل أيام الشهر الاول بالايام من أول الشهر الرابع نهر عن البدائع (قوله او والله لا اقربك) بشرط ان لا تكون حائضا كذا فى الحواشى السعدية واصله فى الغاية عن الشامل وعلله بان الزوج ممنوع عن الوطء بالحيض فلا يصير المنع مضافا الى اليمين اه بخلاف ما اذا قيد بأربعة أشهر فان ذلك يكون قرينة على اضافة المنع الى اليمين نهر قال فى الشرنبلالية ينبغى تقييده بكونه عالما بحيضها لتنصرف يمينه الى ما هو ممنوع عنه شرعا اه قلت وينبغى ان يكون النفاس كالحيض (قوله اى قربان المنكوحة) ولو صغيرة لا توطأ (قوله على ترك الوطء للامة من المولى الخ) اما من زوج الامة يكون ايلاء حموى (قوله فانه لا يكون ايلاء) أى فى حق الطلاق دون الكفارة قال الولوالجى لو آلى من أمته او أم ولده أو اجنبية لم يكن موليا فى حق الطلاق دون الكفارة لان شرط الطلاق باليمين قيام ملك النكاح حال التعليق وحال وجود الشرط ولم يوجد فلم تصح اليمين بالطلاق وصح فى حق الكفارة حموى يعنى اذا آلى من أجنبية فتزوجها فوطئها تلزمه الكفارة وان لم تطلق بمضى المدة من غير وطء (قوله فان وطئ المولى فى هذه المدة كفر) لحنثه ونبه بذلك على انه لو كفر قبله لم يجزه ولا فرق فى الحنث بين كونه عاقلا أو لا ولو قال ان قربتك فعلى كفارة أو يمين كان موليا كذا فى البدائع اذ قوله فعلى يمين أى موجبها وهو الكفارة نهر (قوله ان كان يمينا بالله) فكفارته اطعام عشرة مساكين او كسوتهم او تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام (قوله وان كان يمينا بغيره) كما لو حلف بحج او صوم او صدقة أو عتق أو طلاق كما سيأتى التصريح به فى المتن وقوله فما جعله جزاء على الحنث وقع ظاهر بالنظر للطلاق والعتاق واما بالنظر للحج ونحوه كالصوم والصدقة فمعنى وقع لزم ويتخير بين الايفاء بالمنذور وكفارة يمين على الصحيح الذى رجع اليه الامام قبل موته بسبعة أيام قال فى الشرنبلالية ولى فيه رسالة (قوله وعند الشافعى يحنث فى يمينه ولا تلزمه الكفارة) الذى فى الزيلعى والعينى وقال الحسن البصرى لا تجب الكفارة لقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم قلنا المراد به اسقاط عقوبة الآخرة بسبب قصده الاضرار بها لا سقوط الكفارة المشروعة فى الايمان المنعقدة الا ترى ان قتل الخطا يوجب الكفارة وان وعد المغفرة اه (قوله وسقط الايلاء) لان اليمين تنحل بالحنث فلا تبقى بعد انحلالها ولا ايلاء بدونها عينى (قوله وان لم يطأ فيها الخ) ولو ادعاه

قربانها اربعة اشهر او اكثر كقوله والله
لا اقربك) اربعة أشهر أو والله لا اقربك
قوله قربانها اى قربان المنكوحة
احترازا عن اليمين على ترك الوطء للامة
من المولى فانه لا يكون ايلاء (فان وطئ)
المولى (فى) هذه (المدة كفر) ان كان
يمينا بالله سبحانه وان كان يمينا لغيره
فما جعله جزاء على الحنث وقع وعند
الشافعى يحنث فى يمينه ولا تلزمه الكفارة
(وسقط الايلاء) حتى لو مضت المدة
لا يقع الطلاق (والا) اى وان لم يطأها
فيها ومضت

بعد مضي المدة لم يقبل قوله الا ببرهان نهر عن المبسوط (قوله بانت) لان به يقع التخلص من الظلم ولا يكون بالرجعي لانه يتمكن من استردادها الى عصمته بعد الايلاء فتعين البائن لتملك نفسها وزوال سلطنته عليها جزاء لظلمه بحر (قوله بتطليقة واحدة) وهو المأثور عن العبادلة الثلاثة وغيرهم (قوله فرق القاضي بينهما وتفريقه تطليقة) اى بائنة فالخلاف في موضعين احدهما ان الفيء عنده يكون بعد مضي المدة وعندنا في المدة والثاني ان الفرقة لا تقع الا بتفريق القاضي او بتطليق الزوج عنده وبه قال مالك واحمد وعن الشافعي لا يفرق ولكن يضيق عليه حتى يفيء او يطلق وعندنا تقع بمضي المدة واستدلوا بقوله تعالى فان فاؤا فان الفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة وجواز التفريق ولنا قراءة ابن مسعود وابي فان فاؤا فيهن فاقتضى ان يكون الفيء في المدة فيكون حجة عليهم لان قراءتهما لا تنزل عن روايتهما والفاء في الآية لتعقيب الفيء على الايلاء بدليل جواز الفيء قبل مضي الاشهر ولو كان كما قالوا لما جاز عيني (قوله وسقط اليمين بعدما بانت) حتى لو نكحها فلم يقربها بعد ذلك لا تبين درر (قوله لو حلف على اربعة اشهر) لان اليمين موقتة بوقت فلا تبقى بعد مضيه عيني (قوله بان قال والله لا اقربك) ولم يقل بعده ابدا لان مطلقه ينصرف الى الابد كما في اليمين لا يكلم فلانا فلا تبطل بمضي اربعة اشهر لعدم ما يبطلها من حنث او مضي وقت زيلعي وفي قول المصنف فلو نكحها ثانيا وثالثا ومضت المدتان بلا فيء بانت باخريين اشارة الى انه لا يتكرر الطلاق ما لم يتزوجها كما في البدائع والتحفة وغيرهما وفي المحيط لو بانت بمضي اربعة اشهر بالايلاء ثم مضت مدة اربعة اشهر اخرى وهي في العدة وقعت اخرى فان مضت اربعة اشهر اخرى وهي في العدة وقعت اخرى ولم يحك خلافا فيه قال العيني تبعا للزيلعي والاول اصح بخلاف ما لو ابانها بتنجيز الطلاق ثم مضت مدة الايلاء وهي في العدة حيث يقع اخرى بالايلاء لانه بمنزلة التعليق بمضي الزمان والمعلق لا يبطل بتنجيز ما دون الثلاث بحر (قوله والحال انها مضت المدتان الخ) و يعتبر ابتداء المدة من وقت التزوج بعد انقضاء العدة او قبله لان به يثبت حقها في الجماع وبامتناعه صار ظالما فيجازى بازالة نعمة النكاح (قوله فان نكحها بعد زوج آخر لم تطلق) لتقييده بطلاق هذا الملك ولو نكحها بعدما بانت بالايلاء مرة او مرتين وعادت اليه بثلاث بانت كلما مضى اربعة اشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث نهر وعند محمد يعود الايلاء بما بقي من الثلاث وعبارة الغاية قال الاسبيجابي ولو آلى من امرأته ومضت اربعة اشهر ولم يفيء اليها بانت منه بتطليقة ثم تزوجت بزوج آخر بعدما انقضت عدتها ثم عادت الى الاول ينعقد الايلاء بالاتفاق الا ان عند ابي حنيفة وابي يوسف ينعقد الايلاء بثلاث تطليقات مستقبلات وعند محمد ينعقد بما بقي من الثلاث وهي فرع مسئلة الهدم الخ (قوله ولو وطئها كفر لبقاء اليمين) ان كان الحالف بغير طلاقها وان كان به لا تبقى لما عرف ان تنجيز الثلاث يبطل تعليقها درر وتعقبه الشيخ شاهين بان قوله ان كان الحلف بغير طلاقها فيه نظر لصدقه على الحلف بحج ونحوه مع ان الواجب فيه الجزاء لا الكفارة واجاب شيخنا بان المراد بالغير ما اشتمل على القسم والحاصل ان اليمين باقية في حق التكفير وان لم تبق في حق الطلاق فتحقق الحنث فصار كما لو قال لاجنبية والله لا اقربك فتزوجها لا يكون موليا وتجب الكفارة اذا قربها كما في الزيلعي (قوله فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة) فابن ابي ليلى وان كان يقول بانه يصير موليا اذا حلف على ترك قربانها اقل من اربعة اشهر لكن لا يقول بانها تبين بمضي ذلك الاقل بل يشترط لابانتها مضي اربعة اشهر ومن هنا يعلم ما في كلام الزيلعي والعيني والنهر مما يوهم خلاف المراد (قوله فهو ايلاء) لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ولهذا لو قال بعتك بالف الى شهر وشهر كان الاجل شهرين ولو قال والله لا اكلم فلانا يوما ويوما كان كقوله لا اكلمه اربعة ايام وقوله بعد هذين الشهرين وقع اتفاقا لانه لو قال شهرين وشهرين كان الحكم كذلك والاصل انه متى عطف من غير اعادة حرف النفي ولا تكرار اسم الله تعالى يكون يمينا واحدا ولو اعاد حرف النفي او كرر اسم الله تعالى يكون يمينين وتتداخل مدتهما بيانه لو قال والله

لا اكلم

(بانت) بتطليقة واحدة وقال الشافعي لا تقع الفرقة بمضي المدة ولكنه توقف الحكم بعد المدة على ان يفيء اليها او يفارقها فان ابى ان يفعل فرق القاضي بينهما وتفريقه تطليقة (وسقط اليمين بعدما بانت (لو حلف على اربعة اشهر وبقيت اليمين بعده (لو) حلف على الابد) بان قال والله لا اقربك ابدا او حلف من غير تقييد بان قال والله لا اقربك ولم يقل بعده ابدا (فلو نكحها ثانيا وثالثا والحال انه مضت المدتان بلا فيء بانت باخريين فان نكحها) اي التي وقعت عليها ثلاث طلقات (بعد زوج آخر لم تطلق) بذلك الايلاء بمضي المدة خلافا لزفر (ولو وطئها) اي التي نكحها بعد الايلاء (كفر لبقاء اليمين ولو حلف على اقل من اربعة اشهر) في الحرة حتى لو حلف ان لا يقربها فيما دون اربعة اشهر لم يكن موليا وقال ابن ابي ليلى يكون موليا فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول ابن عباس لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ثم رجع عنه (و) لو قال (والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو ايلاء

لا اكلم زيدا يومين ولا يومين يكون يمينين ومدتهما واحدة حتى لو كلمه في اليوم الاول والثاني يحنث فيهما وتجب عليه كفارتان وان كلمه في اليوم الثالث لا يحنث لانقضاء مدتهما وكذا لو قال والله لا اكلم زيدا يومين والله لا اكلم زيدا يومين لما ذكرنا ولو قال والله لا اكلمه يومين ويومين كان يمينا واحدا ومدته أربعة ايام حتى لو كلمه فيها تجب عليه كفارة واحدة وعلى هذا لو قال والله لا اكلمه يوما ويومين كانت يمينا واحدة ومدته الى ثلاثة ايام حتى لو كلمه فيها تجب عليه كفارة واحدة ولو قال لا اكلمه يوما ولا يومين او قال والله لا اكلمه يوما والله لا اكلمه يومين فمدة الاولى يوم ومدة الثانية يومان حتى لو كلمه في اليوم الاول تجب عليه كفارتان وفي اليوم الثاني كفارة واحدة ولو كلمه في اليوم الثالث لا يحنث لانقضاء مدتهما وعلى هذا لو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين او قال والله لا اقربك شهرين والله لا اقربك شهرين لا يكون موليا لانهما يمينان فتتداخل مدتهما حتى لو قربها قبل مضي شهرين تجب عليه كفارتان ولو قربها بعد مضيهما لا يجب عليه شئ لانقضاء مدتهما زيلعي (قوله ولو مكث يوما الخ) اما الاولى وهو ولا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين فلان الثاني ايجاب مبتدأ فلم تتكامل المدة وفي الثاني لم يكن موليا ايضا في الحال حتى لو قربها وبقي بعد يوم القربان أربعة اشهر لم يقربها فيها حنث عندنا وقال زفر يكون موليا ويصرف الاستثناء الى آخر السنة واما في الاخيرة فلانه يمكنه قربانها من غير شئ يلزمه بان يخرجها من مكة فان كان لا يمكنه بان كان بينهما ثمانية أشهر صار موليا على ما في جامع الفقه واعتبر قاضيخان اربعة اشهر فقط نهر (قوله او ساعة) اشار الشارح به الى ان المراد باليوم مطلق الزمان وبه صرح في البحر (قوله ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين الخ) هكذا وقع في الهداية والوقاية وهذا هو الصواب خلافا لما في الدرر من قوله والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد الشهرين الاولين نوح افندي ووجهه ظاهر لانه يلزم حينئذ ان يكون موليا لتكامل المدة وهذا يؤخذ من تعليله حيث علل عدم كونه موليا بقوله لانه للفصل بين الشهرين الاولين والشهرين الاخيرين بيوم لم تتكامل مدة الايلاء وهي أربعة اشهر اه (قوله خلافا لزفر في الثانية الخ) هي ما لو قال لا اقربك سنة الا يوما يكون موليا عنده ويصرف الاستثناء الى آخر السنة كما لو قال أجرتك داري سنة الا يوما قلنا انما صرف الاستثناء الى آخر السنة في الاجارة تصحيحا للعقد لانها لا تصح مع الجهالة بخلاف اليمين فانها تصح مع الجهالة فلا ضرورة في اليمين الى صرف الاستثناء الى آخر السنة فله ان يجعل اليوم المستثنى أي يوم شاء لانه منكر فلا يعتبر به يوم من ايام السنة الا ويمكنه ان يجعله هو المستثنى ثم اذا قربها ان بقي من السنة اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء والا فلا حموي عن شرح ابن الشلبي ولو حذف سنة لم يكن موليا حتى يقربها فيصير موليا ولو زاد الا يوما اقربك فيه لم يكن موليا أبدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه فلم يتصور منعه أبدا در (قوله وان حلف بحج الخ) شروع في الثاني من نوعي الايلاء وهو الحلف بذكر الشرط والجزاء ولا يخفى حسن تقديم الاول بان قال ان قربتك فلله علي حج او عمرة او صوم غير معين كيوم وشهر أما المعين فان كان بقدر مدة الايلاء او اكثر كقوله فلله علي صوم اربعة اشهر او لما هذا الشهر فكذلك اما لو قال هذا الشهر فانه لا يكون موليا لانه يمكنه ترك القربان الى ان يمضي ثم يطؤها بلا شئ ولهذا يكون موليا بقوله فلله علي صدقة او عتق سواء كان المعتق معينا كعبدي هذا او لا كعبد او كان معلقا كقوله فكل مملوك أشتريه فهو حر وفي الخانية ان قربتك فعبدي حر فمضت المدة وفرق بينهما فبرهن العبد انه حر الاصل قضى القاضي بحريته ويبطل الايلاء وترد المرأة الى زوجها لانه تبين انه لم يكن موليا وظاهر انه في العبد المعين لو باعه او مات سقط الايلاء ولو اشتراه صار موليا من وقت الشراء ان لم يكن قربها نهر وليس الشراء بقيد وقد يقال اراد به ما لو ملكه بأي سبب كما يستفاد من الشرنبلالية (قوله او آلى من المطلقة الرجعية) فان قيل وقوع الطلاق بالايلاء بطريق المجازاة لكونه ظالما بمنعها حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق فيه فكيف يتحقق جزاء الظلم قلنا ان الحكم في المنصوص مضاف الى النص

(ولو مكث يوما) او ساعة بعد ما قال
والله لا اقربك شهرين (ثم قال والله
لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين
او قال لا اقربك سنة الا يوما) او ساعة
(او قال) حال كونه (بالبصرة والله
لا ادخل مكة و) الحال انها (هي) أي
المنكوحة (بها لا) يكون موليا في
الصور الثلاث خلافا لزفر في الثانية
فان عنده يكون موليا (وان حلف بحج
او صوم او صدقة او عتق او طلاق
او آلى من المطلقة الرجعية) وهي في
العدة بان قال لها والله لا اقربك اربعة
اشهر (فهو مول) لقيام النكاح

لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص زيلعي (قوله في جميع الصور) اما في الشرط والجزاء فلان هذه الاجزية مانعة من الوطء فكانت في معنى اليمين واما المطلقة رجعيا فلانها زوجة فيتناولها النص فان امتد طهرها وكانت من ذوات الاقراء بانت بمضي مدة الايلاء وان انقضت عدتها قبل مضي مدته بطل نهر (قوله وفي العتق خلاف أبي يوسف) ظاهر اطلاقه ان ابا يوسف يخالف في العتق مطلقا الافرق بين المعين وغيره وليس كذلك فلو قال كما قال العيني وفي عتق العبد المعين خلاف ابي يوسف لكان اولى ووجهه كما في الزيلعي ان قربانها بلا شيء يلزمه ممكن بان يبيعه ثم يقربها وهما يقولان ان البيع موهوم فلا يمنع المانعية لان البيع لا يتم به وحده فربما لا يجد في المدة من يشتريه ولو باعه سقط الايلاء بالاجماع لانه يقدر على قربانها من غير شيء يلزمه وان اشتراه بعد ذلك صار موليا من وقت الشراء ان لم يكن جامعها بعد البيع قبل الشراء لانه صار لا يقدر على قربانها الا بعتق يلزمه ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلاء لقدرته على قربانها من غير ان يلزمه شيء وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها بالقربان او ابانتها ثم تزوجها بعد انقضاء العدة زيلعي لكن لو أبدل قوله وان اشتراه بعد ذلك الخ بقوله وان ملكه باي سبب لكان اولى (قوله فعلي صلاة) والغزو كالصلاة عندهما لانه يسهل اتحادهما ولا يصلح ان مانعين عيني (قوله وعند محمد يكون موليا) لانه قربة وهو قول أبي يوسف اولا وقال الشافعي في احد قوليه لا يكون الايلاء الا بالله عيني (قوله ومن المبانة والاجنبية لا) لان محل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص وهذه ليست منها بخلاف المطلقة الرجعية لبقاء الزوجية بينهما عيني ولانه لو صح لوقع به البائن بمضي مدته والبائن لا يلحق مثله ولو وطئها كفر لما مضى من عدم التلازم بين الايلاء واليمين نهر لكن لو أتى بضمير التثنية بان قال ولو وطئهما الخ لكان اولى اذ لا فرق في وجوب الكفارة بالوطء وان لم يصح ايلاؤه بين المبانة والاجنبية اما المبانة فلما ذكره هو واما الاجنبية فلما قدمناه عن الولوالجي وبه صرح الزيلعي أيضا والعجب من السيد الحموي حيث جرى في شرحه على ما ذكره في النهر ولم ينبه على ما ذكرناه مع انه كتب بهامش المسودة عن الولوالجي ما نصه لو آلى من امته او أم ولده او اجنبية لم يكن موليا في حق الطلاق دون الكفارة لان شرط الطلاق باليمين قيام ملك النكاح حال التعليق او حال وجود الشرط ولم يوجد فلم يصح اليمين بالطلاق وصح في حق الكفارة اه قيد بكون الايلاء من المبانة بان أبانها ثم آلى منها لانه لو آلى فابانها ان مضت مدته وهي في العدة بانت بأخرى والا لا در عن الخانية (قوله ومن الاجنبية) بان نكحها بعد الايلاء ولم يضفه الى الملك در (قوله لا يكون موليا) لفوات محله وهو الزوجية (قوله ومدة ايلاء الامة الخ) أي المنكوحة واطلاقه يعم ما لو كان زوجها حرا فلو اعتقت في اثنائها انتقلت الى مدة الحرائر نهر وهذا ظاهر في ان الظهار لا يبطل بعتقها بل هو باق حموي (قوله وقال الشافعي أربعة اشهر) وهذا مبني على ان هذه المدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع عنده والحرة والامة في ذلك سواء وعندنا ضربت أجلا للبينونة فشابهت مدة العدة فتتنصف بالرق لكونها من حقوق النكاح زيلعي (قوله وان عجز المولى الخ) اى عجز حقيقة فان عجز حكما لا يتغير حكم الايلاء بان كان محرما لا يكون فيؤه الا بالوطء لانه لما كان قادرا حقيقة على الوطء لا يتحول الحكم الى ما هو خلف عن الوطء حموي عن شرح ابن الشلبي وهو محمول على ما اذا كان بينه وبين الحج اربعة اشهر كما قيد به في النهر ولو آلى مريضا ايلاء مؤبدا وبانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عندهما وصح عند أبي يوسف وهو الاصح وقولهما ظاهر المذهب كما في الجامع الكبير لابي يوسف ان الايلاء وحدمنه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض وفي زمان الصحة هي مبانة لا حق لها في الوطء فلا يعود فيه حكم الايلاء وهما يقولان ذلك بتقصير منه فانه كان يمكنه الفيء باللسان قبل مضي المدة ولا تبين زيلعي واختلف فيما لو حبس هل يفيء بلسانه او لا بد من الفعل صحح الاول في البدائع وفي شرح الطحاوي لا يكون فيؤه باللسان وهو جواب الرواية ووفق بينهما بالامكان وعدمه شرنبلالية عن الفتح (قوله انسداد الرحم) المراد ان لا يكون لها خرق الا المبال حموي

في جميع الصور وفي العتق خلاف أبي
يوسف ولو قال اذا قربتك فعلي صلاة
لا يكون موليا وعند محمد يكون موليا
(ومن المبانة) أي لو آلى من المبانة
بتطليقة او تطليقتين وهي في العدة
(و) من (الاجنبية لا) يكون موليا وقال
(ومدتها للامة شهران) (وان عجز المولى
الشافعي اربعة اشهر ومرضها او الرتق)
عن وطئها بمرضه
بفتح التاء انسداد الرحم بعظم ونحوه
والرتق بالسكون

عن باكير (قوله مانع يمنع الخ) أي وان كان بدون الانسداد فعلى هذا يكون الرتق بالسكون أعم منه بالفتح (قوله ففيؤه الخ) اعلم ان الفيء عبارة عن الرجوع يقال فاء الظل اذا رجع ولما قصد المولى باليمين منع حقها من الوطء سمي الرجوع عنه فيئا قال تعالى فان فاؤا أي رجعوا عن قصدهم حموي عن الاختيار (قوله ان يقول فئت اليها) وما دل عليه كابطلت الايلاء ورجعت عنه وراجعتك وارتجعتك نهر ولو قربها بعد ما فاء بلسانه كفر عن يمينه لتحقق الحنث به لان يمينه باقية في حق الحنث وان بطلت في حق الطلاق زيلعي فالفيء باللسان يبطل الايلاء في حق الطلاق فقط وأما الفيء بالفعل فيبطله في حق الطلاق والحنث جميعا حموي عن الاختيار (قوله وقال الشافعي لا فيء الا بالجماع) لانه ظلمها بمنع حقها وهو الوطء فيكون ايفاؤه به ولهذا لا يحنث به لان المعلق بالفيء حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة والفيء باللسان لا يعتبر في حق أحد الحكمين فكذا في حق الحكم الآخر ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود وكفى بهما قدوة ولان وقوع الطلاق عند مضي المدة باعتبار التعنت والاضرار بها وذلك ينعدم بالفيء باللسان عند العجز عن الفيء بالجماع لان الفيء عبارة عن الرجوع وذلك يوجد بهما ولا نسلم ان حقها في الجماع في هذه الحالة وهي حالة العجز بل نقول ان كان قادرا على الجماع فحقها فيه فكان قصده الاضرار بها بمنعه نفسه عنه وان كان عاجزا فليس لها حق في الجماع وانما قصد ايحاشها باضرارها به فيكون فيؤه في الموضعين بازالة ما قصد لان التوبة بحسب الجناية ولو كان وقوع الطلاق باعتبار منع حقها في الجماع فقط لما كان موليا في حالة العجز عنه لانه لا حق لها فيه في هذه الحالة ولهذا لم تملك مطالبته به فلم يكن بامتناعه عنه ظالما زيلعي (قوله فلم يكن فيؤه الا بالجماع) فيشترط فيه العجز المستوعب للمدة (قوله وان قدر الخ) نبه بهذه الجملة على انه يشترط دوام العجز من وقت الايلاء الى مضي مدته وبقي شرط ثالث نبه عليه في البدائع هو قيام النكاح وقت الفيء باللسان حتى لو أبانها ثم فاء بلسانه لم يصح فلو تزوجها ومضت المدة بانت منه نهر (قوله ففيؤه الوطء) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف كالمتيمم اذا وجد الماء نهر وأراد بالوطء ما كان في الفرج فلو وطئ في غيره كدبر لا يكون فيئا تنوير وشرحه (قوله ان نوى التحريم أو لم ينو شيئا) لان تحريم الحلال يمين بالنص عيني وقوله أو لم ينو شيئا أي لا ظهارا ولا طلاقا ولا ايلاء ولا كذبا حموي (قوله وظهار ان نواه) لان فيه حرمة فاذا نواه صح لانه يحتمله عيني (قوله وقال محمد لا يكون ظهارا) لعدم ركنه وهو تشبيه المحللة بالمحرمة عيني وذكر في الهداية خلاف محمد ولم يذكر في ظاهر الرواية وانما نقله السرخسي عن النوادر والمذكور في جوامع الفقه عن محمد كقولهما نهر وقد قدمنا أن جوامع الفقه تأليف أبي يوسف واعلم ان ظاهر كلام النهر يقتضي ان رواية النوادر ليست من ظاهر الرواية والمصرح به في كلام ابن كمال باشا من كتاب الحج على ما نقل عنه شيخنا انها قد تكون من ظاهر الرواية ونصه الفرق بين ظاهر الرواية ورواية الاصول هو ان المراد من الاصول المبسوط والجامع الصغير والكبير والزيادات والسير الكبير وليس فيه رواية الحسن بل كله رواية محمد ورواية النوادر قد تكون ظاهر الرواية والمراد من رواية النوادر رواية عن الاصول المذكورة وقد صرح البعض بعدم الفرق اه (قوله ان نوى الكذب) لانه أراد حقيقة كلامه فكان كذبا حقيقة عيني والكذب بفتح الكاف مع كسر الدال ويجوز كسرها مع اسكان الذال نهر (قوله وقيل لا يصدق قضاء) لانه يمين ظاهرا فلا يصدق في الصرف الى غيره عيني (قوله وطلقة بائنة ان نوى الطلاق) لانه من الفاظ الكنايات عيني سواء لم ينو عددا أو نوى ما دون الثلاث وسواء نوى بائنة أو رجعية حموي عن البرجندي (قوله وثلاث ان نواه) لان هذا اللفظ من الكنايات على ما مر وفيها يصح نية الثلاث نهر (قوله وفي الفتاوى الخ) كذا وقع في كثير من النسخ ووقع في بعضها وفي الفتوى أي التي يفتى بها المفتي وهو الاولى نهر (قوله وقع الطلاق) أي البائن ولم يقيده به اكتفاء بما قدمه من أن هذا حكم كل كناية وقد عده منها نعم كان ينبغي حيث استغنى عن النية أن يكون الواقع به رجعيا وأجيب بأن المتعارف انما هو ايقاع البائن به كما أفتى به المتأخرون ولهذا لا يحلف به

مانع يمنع من سلوك الذكر اما غدة
غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم كذا في
طلبة الطلبة (أو بالصغر أو بعد مسافة)
لا تقطع بأربعة أشهر (ففيؤه) أي
رجوعه (انه يقول فئت اليها) وقال
الشافعي لا فيء الا بالجماع وهو مذهب
الطحاوي هذا اذا كان المولى مريضا
حين آلى وتمت أربعة أشهر وهو مريض
أما اذا كان صحيحا حين آلى وبقي صحيحا
بعد ايلائه مقدار ما يستطيع فيه أن
يجامعها ثم مرض بعد ذلك فلم يكن فيؤه
الا بالجماع وقال زفر فيئته باللسان
(وان قدر في المدة) بأن صح أو وصل
(ففيؤه الوطء) وبطل ذلك الفيء بقوله
(أنت علي حرام ايلاء ان نوى التحريم
أو لم ينو شيئا وظهار ان نواه) أي الظهار
وقال محمد لا يكون ظهارا (وكذب
ان نوى الكذب) أي هدر وقيل
لا يصدق قضاء (و) طلقة (بائنة ان
نوى الطلاق وثلاث ان نواه) أي
الثلاث (وفي الفتاوى) اذا قال لامرأته
أنت علي حرام (و) الحلال (الحرام)
عنده طلاق ولكن لم ينو طلاقا وقع
(الطلاق)

الاالرجال حتى لوحلفت المرأة لزمها بالحنث كفارة يمين نهر ولو لم يكن له امرأة كان يمينا حتى لوتزوج امرأة ثم وجد الشرط لم تطلق به يفتى لصيرورتها يمينا فلاتنقلب طلاقا در (قوله وجعل ناو باعرفا) هذا يدل على ان الاعتبار للعرف وعرف الناس اليوم اطلاقه على الطلاق ولهذا لايحلف به الاالرجال كما قدمناه وعن هذا قالوا لونوى غيره لا يصدق قضاء بقى ان يقال ظاهر كلام الزيلعى انه اذا نوى غير الطلاق لا يصدق قضاء مطلقا سواء نوى الكذب أوغيره مماعدا الطلاق وهو مخالف لما نقله السيد الحموى عن البرجندى حيث قال قيل فى نية الكذب لا يصدق قضاء لانه يمين ظاهر الكونه تحريم الحلال كذا فى الكافى وهذا التعليل يستلزم ان يصدق فى غير نية الايلاء اه ولوكان له أربع نسوة والمسئلة بحالها يقع على كل واحدة منهن طلقة بائنة وقيل تطلق واحدة منهن والبيان اليه وهو الاظهر والاشبه زيلعى والمراد من كون المسئلة على حالها ان يكون الحرام عنده طلاقا وان لم ينوطلاقا على ما ظهر من سياق كلامه واما كون وضع المسئلة أنت على حرام فلاقان ماتقتضيه صحة المساق هو ان تكون العبارة ههنا امرأتى على حرام اذلا مساغ لان يقال لاربع نسوة أنت على حرام ولا تتأتى صحة القولين المذكورين الاعلى ماقررناه عزمى والمراد بالقولين ماسبق من وقوع الطلاق على الجميع أو واحدة واليه البيان والحاصل ان اختلاف القولين انما يمشى على ما اذا أضاف التحريم الى امرأة لا بعينها بأن قال امرأتى على حرام ولم يعين وله نسوة لانه قال نخاطبها المعينة منهن ولا انه عمم فقال نسائى على حرام اذلو خاطب واحدة منهن لم يقع الاعليها كما فى الشرنبلالية (فرعان) قال الولوالجى رجل حلف بطلاق ان لا يطلق امرأته فآلى منها فمضت المدة حنث ووقع عليها طلاقان لانه وجد الشرط وهو طلاق امرأته اه وفى البدائع لوقال اذا جاء غد فوالله لا اقربك واذا جاء بعد غد فوالله لا اقربك يصير موليا ايلاءين أحدهما فى الحال والآخر فى الغد اه وذكر بعض الفضلاء ان قوله فى الحال مشكل لان الايلاء المضاف الى وقت ينعقد وقت وجود الوقت لافى الحال على ماصرح به قبله حموى قلت وكذا قوله والآخر فى الغد مشكل أيضا لانه مضاف الى مابعد الغد

(باب الخلع)

(قوله والاسم الخلع بالضم) فهو يستعمل فى نزع الزوجية بالضم وفى غيره بالفتح والخلعة بالضم لغة فيه وخلع ثوبه ونعله خلعا نزعه صيغ منهما المفاعلة لملاحظة الملابسة كل الآخر كالثوب الملبوس قال تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن نهر (قوله هو الفصل من النكاح) هذا تعريف لمطلقه أعنى سواء كان معه مال أولا لكن لابد وان يكون بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل فى حكمه من وقوع البائن به لامطلقا والا لجرى فيه الخلاف فى انه فسخ وفى سقوط المهر به لوكان المسمى غيره والصحيح فى تعريف الأول كما فى الفتح ازالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فازالة ملك النكاح كالجنس لشمولها الازالة بالطلاق وخرج بملك النكاح الخلع فى النكاح الفاسد وبعد الردة فانه لغو كما فى الفصول وبقوله بلفظ الخلع الطلاق على مال زاد فى البحر أو مافى معناه المتوقف على قبولها ليدخل ما اذا كان بلفظ المبارأة فانه كما سيأتى يقع به البائن وتسقط به الحقوق وما اذا كان بلفظ البيع والشراء فانه كذلك على ماصححه فى الصغرى وان صرح فى الخانية بخلافه وخرج بالمتوقف مالوقال لها خلعتك ناويا الطلاق فانه يقع بائنا غير مسقط شيئا وشرطه كالطلاق وصفته انه يمين من جانبه معاوضة من جانبها عند الامام نهر وأفاد التعريف صحة خلع المطلقة رجعيا در ومافى النهر من قوله من تأمل قوله فى الفتح الطلاق على مال ليس هو الخلع بل فى حكمه لامطلقا والا لجرى فيه الخلاف فى انه فسخ وفى سقوط المهر علم ان المبارأة من الفاظ الخلع قال شيخنا انه غير موجود فى خط المؤلف والموجود فيه واقول لاحاجة الى ما زيد اذ المبارأة ليست خلعا بل كالخلع فى حكمه على ماستعرفه انتهى (قوله والواقع به الخ) سواء كان على مال أولا

وجعل ناويا عرفا) *(باب الخلع)* يقال خالعت زوجها اذا افتدت منه بمالها والاسم الخلع بالضم والمناسبة ان الايلاء يكون بناء على نشوز الزوج والخلع بناء على نشوز الزوجة غالبا (هو الفصل من النكاح والواقع به

لخبر الخلع طلقة بائنة (قوله وبالطلاق على مال) قيد بالمال لانها لو قالت طلقنى على ان أنزر مالى عليك ففعل كان رجعيا (قوله بائن) لان الزوج ملك العوض فوجب ان تملك هى المعوض تحقيقا للمساواة وذلك بالبائن وكذا اذا وقع بلفظ البيع والمبارأة كان بائنا لانه معاوضة ولهذا يشترط قبولها فى المجلس وهى تقتضى المساواة على ما تقدم ولو قال لم أعن الطلاق لم يصدق لان ذكر العوض امارة صادقة على أن مراده الطلاق ولو لم يذكر العوض يصدق فى لفظ الخلع والمبارأة لانهما كنايتان ولا يصدق فى لفظ الطلاق والبيع لانه خلاف الظاهر زيلعى وكذا يصدق اذا ادعى فى الخلع شرطا أو استثناء الا اذا وجد التزام أو قبضه شرنبلالية عن النهر (تتمة) المختلعة يلحقها صريح الطلاق مادامت فى العدة والكناية أيضا تلحقها اذا كانت فى حكم الصريح نحو اعتدى واستبرئى رحمك شيخنا عن ابن الشحنة (قوله وقال الشافعى الخلع فسخ) أى فى القديم يروى ذلك عن ابن عباس وبه قال أحمد وفى قول عن الشافعى انه رجعى وفى قول وهو أصح أقواله انه طلاق بائن كمذهبنا لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود موقوفا ومرفوعا عينى ولو قضى القاضى بكونه فسخا ففى نفاذه قولان ولا يخفى ان قضاة هذا الزمان ليس لهم الا القضاء بالصحيح من المذهب وهو كونه بائنا شرنبلالية والحاصل ان الترجيح قد اختلف ففى البحر استظهر القول بالنفاذ معللا بانه قضى فى فصل مجتهد فيه وتبعه فى الدرهنا لكن ذكر فيه من الديباجة نقلا عن الشيخ قاسم فى تصحيحه ان الحكم والافتاء بالقول المرجوح جهل وخرق للاجماع وان الخلاف خاص بالقاضى المجتهد وأما المقلد فلا ينفذ قضاؤه بخلاف مذهبه أصلا كما فى القنية ولاسيما فى زماننا فان السلطان ينص فى منشوره على نهيه عن القضاء بالاقوال الضعيفة فكيف بخلاف مذهبه فيكون معزولا بالنسبة لغير المعتمد من مذهبه فلا ينفذ قضاؤه فيه وينقض كما بسط فى قضاء الفتح والبحر والنهر الخ فكان ما فى البحر هنا من قوله والظاهر النفاذ الخ خلاف المعتمد (قوله ولزمها المال) لانه لم يرض بخروج البضع عن ملكه الا به وهو يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كحق القصاص فوجب بالتزامها له زيلعى ولو أبدل قوله ولزمها المال بقوله وكان له المسمى لكان أولى ليشمل ابراءها عما لها عليه اصالة أو كفالة بحر وهذا اذا لم تكن محجورة بالسفه فلو كانت لم يلزمها المال وان المريضة اذا اختلعت اعتبر من الثلث نهر وفى كلامه ايماء الى انه لو أكرهها على الخلع تطلق ولا يلزمها المال وبه صرح فى الدرر أى تطلق بائنا ان وقع بلفظ الخلع وما علل به فى الدرر من ان طلاق المكره واقع سهو لان المكره هنا المرأة وهى ليست من أهل الطلاق نوح أفندى عن الوانى فالصواب ان يقول لان وقوع الطلاق يعتمد وجود القبول والفائت بالاكراه ليس ذلك بل الرضى عزمى ولو اختلفا فى الكره والطوع فالقول له مع اليمين شرنبلالية (قوله وكره له أخذ شئ ان نشز الزوج) لقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ولانه أوحشها بالفراق فلا يزيد فى ايحاشها بأخذ المال زيلعى والمراد بالكراهة التحريمية ويلحق به الابراء من صداقها والحق ان الاخذ فى هذه الحالة حرام للنهى القطعى نهر (قوله وان نشزت لا) ولو وجد منه نشوز أيضا لان قوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا حمل على ما اذا كان النشوز منه وقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به على ما اذا كان النشوز منها سواء كان منه نشوز أيضا أم لا غير انه ان كان النشوز منهما كانت اباحة الاخذ بعبارة النص وان كان منها فقط فبدلالته نهر (قوله كره فى رواية المبسوط ولا يكره فى رواية الجامع) قال فى الفتح رواية الجامع أوجه وصحح الشمنى رواية الاصل بحر ووجه رواية الجامع قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به اذ هو باطلاقه شامل للقليل والكثير وان كان أكثر مما أعطاها زيلعى والآية نزلت فى ثوبان بن قيس وامرأته وهو أول خلع فى الاسلام كذا قال صاحب الكشاف وروى صاحب السنن والترمذى مسندا الى ثوبان قال قال عليه الصلاة والسلام أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة شيخنا عن غاية البيان وأشار فى الدر عن الملتقى

وبالطلاق على مال طلاق بائن) وقال الشافعى الخلع فسخ حتى لو خالعها بعد الطلقتين لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره عندنا خلافا له وقال بعض الناس يقع بالخلع تطليقة رجعية كذا فى الجامع الصغير الخانى (ولزمها المال وكره له أخذ شئ) عوضا من المرأة فى الخلع قل أو كثر (ان نشز الزوج (وان نشزت) المرأة (لا) يكره ولا بأس له أن يأخذ المهر الذى قبضته منه بعينه أو مثله وان أراد ان يأخذ منها زيادة على مهرها كره فى رواية المبسوط ولا يكره فى رواية الجامع الصغير

الى مابه يحصل التوفيق بين رواية المبسوط والجامع بأن نحمل الكراهة المثبتة في المبسوط على التنزيهية فلا ينافي رواية الجامع لحمل نفيها حينئذ على التحريمية (قوله والنشز بالسكون والحركة) أي بالسكون في حالة والحركة في حالة أخرى ويجوز أن تكون الواو بمعنى أو جوى (قوله اذا استعصت) بتقديم العين على الصاد من العصيان وفي العيني اذا استصعبت بتقديم الصاد على العين من الصعوبة وكلاهما صحيح (قوله وانما لم يذكر عكسه الخ) يشير الى ان هذه القضية وان كانت مضطردة الا انها غير منعكسة عكسا كليا اذ لو قلت كل مالا يصلح مهرا لا يصلح بدل الخلع كانت كاذبة وأما انعكاسها جزئية كقولك بعض ماصلح بدل خلع يصلح مهرا والبعض لا فصحيح قال في النهر وجوز الاتقاني انعكاسها كلية صادقة وعليه جرى العيني اذ الغرض من طرد الكلي ان يكون مالا متقوما ليس فيه جهالة مستتمة ومادون العشرة بهذه المثابة ومن عكسه ان لا يكون مالا متقوما أو ان يكون فيه جهالة مستتمة ومادون العشرة مال متقوم لا جهالة فيه ولا يخفى ان الصلاحية المطلقة هي الكاملة وكون مطلق المال المتقوم خاليا عن الكمية يصلح مهرا ممنوع فلهذا منع المحققون انعكاسها كلية انتهى (قوله وله ما في بطنها) يعني وقت الخلع دون ماحدث بعده واذا صحت التسمية فله المسمى ان وجد وان لم يكن في بطنها شئ فلا شئ له لانها ما غرته لان ما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا حموي عن الاكمل (قوله لان ما في البطن ليس بمال متقوم في الحال الخ) لا ينافي ماتقدم عن الاكمل لان مراد الاكمل التقوم مآلا حموي ومنه تعلم ان مراد الاتقاني والعيني من تجويزا انعكاسها كليا انما هو بالنظر الى مطلق التقوم ولو في المآل مع قطع النظر عن الكمية (قوله وقع بائن في الخلع رجعي في غيره) اما وقوع الطلاق فيهما فلوجود الشرط وهو القبول وأما الافتراق في البينونة والرجعية فلان العوض اذا بطل في الخلع بقي لفظه وهو كناية والواقع بها بائن واذا بطل في الطلاق بقي صريحه وهو يقتضي الرجعة عيني (قوله ووقع الطلاق مجانا) أي وقوعا مجانا لانه صفة مصدر محذوف ووزنه فعال لانه ينصرف عيني وفي البزازية قالت خالعني بمال أو على مال ولم تذكر قدره لا يتم في ظاهر الرواية بلا قبول واذا لم يجب البدل هل يقع الطلاق قيل يقع وبه يفتى وقيل لا وهو الاشبه نهر (قوله كخالعني على ما في يدي الخ) سواء قالت من شئ أولا ومثله ما في بيتي من شئ أو على ما في بطن جاريتي أو غنمي أو على ما في نخلي فاذا لاشئ فيها نهر عن المحيط وانما كان كذلك لان الايقاع معلق بالقبول وقد وجد ولا يجب عليها شئ لانها لم تسم مالا متقوما لتصير غارة له ولا هو متقوم ليجب عليها قيمته وانما يتقوم بالتسمية وقد فسدت بخلاف النكاح والعتق والكتابة بالخمر حيث يجب مهر المثل وقيمة العبد لان الخمر مال ولكن الشرع اهانها واهدر تقومها فلم تصلح لابطال قيمة المتقوم ولا التقويم غير المتقوم فلم يجب عليها شئ بخلاف ما اذا قالت خالعني على هذا الخل فاذا هو خمر حيث يجب عليها رد المهر عند أبي حنيفة وعندهما يجب مثله من خل وسط لانه صار مغرورا من جهتها بتسمية المال زيلعي وهو محمول على ما اذا لم يكن له علم بأنه خمر فان علم فلا شئ له بحر وفيه عن المحيط خلعها على عبد فاذا هو حر رجع بالمهر عندهما وعند أبي يوسف بقيمته لو كان عبدا الخ وكذا لاشئ له اذا قال خالعتك على ما في يدي ولا شئ في يده ولو كان فيها جوهرة لما قبلت فهي له وان لم تعلم بذلك لانها هي التي أضرت بنفسها حيث قبلت قبل أن تعلم بما في يده در (قوله والحال انه لاشئ في يدها) فلو كان في يدها شئ من المال كان له ولو قليلا فيما اذا قالت من مال شرنبلالية (قوله وان زادت من مال) أي ولم يكن له علم بأنه لاشئ في يدها اما اذا علم وقع الطلاق ولم يلزمها شئ (قوله ردت مهرها) لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بزوال ملكه الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى أو قيمته للجهالة ولا الى ايجاب قيمة البضع وهو مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ماقام به البضع على الزوج زيلعي وفي قوله ردت مهرها ايماء الى انه مقبوض ولا فرق بين كونه مسمى أو مهر المثل فاذا لم يكن مقبوضا فلاشئ عليها وكذا لو كانت أبرأته منه شرنبلالية عن العمادية والجوهرة ولو

خلعها

والنشز بالسكون والحركة المكان المرتفع والجمع نشوز وانشاز ومنه نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة اذا استعصت عليه وابغضته كذا في المغرب (وماصلح مهرا صلح بدل الخلع) وانما لم يذكر عكسه حيث لم يقل وكل مالا يجوز أن يكون مهرا لا يجوز أن يكون بدلا في الخلع لانه ذكر في المبسوط وان اختلعت منه بما في بطن جاريتها أو بما في بطن غنمها جاز وله ما في بطنها بخلاف الصداق فان في مثله يجب مهر المثل لان ما في البطن ليس بمال متقوم في الحال وانما هو مال بعد الانفصال (فان خالعها أو طلقها) المسلم (بخمر أو خنزير أو ميتة وقع طلاق (بائن في الخلع رجعي في غيره) وهو الطلاق (مجانا) اى لا يجب عليها شئ لا المسمى ولا غيره (كخالعني على ما في يدي و) الحال انه (لاشئ في يدها وان زادت) بان قالت خالعني على ما في يدي (من مال أو من دراهم) حين لاشئ في يدها (ردت مهرها)

خلعها بما لها عليه من المهر ظانا ان عليه بقية المهر فاذا هو أوفى الكل ردت عليه المهر وان علم انه لا شئ عليه وقع مجانا نهر عن الولوالجية (قوله أو ثلاثة دراهم) لانها اقل الجمع فتجب دفعا بالمتيقن به فان قيل كلمة من للتبعيض فينبغي ان يجب بعض الدراهم وذلك درهم أو درهمان قلنا قد تكون من لبيان الجنس ففي كل موضع تم الكلام بنفسه لكنه اشتمل على ضرب ابهام فهي للبيان كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان والا فهي للتبعيض وقولها خالعني على ما في يدي كلام تام بنفسه حتى جاز الاقتصار عليه الا ان فيه نوع ابهام لان ما في يدها لا يعرف من أي جنس هو فتعينت للبيان زيلعي فلو في يدها اقل من ثلاث كلتها درر ولو في يدها دنانير والمسئلة بحالها لا يجب له غير الدراهم نهر بحثا قال ولم أره ولا فرق بين كونها ذكرت الدراهم منكرة أو معرفة واعترض بأن هذا في المنكر ظاهر اما في المحلى فينبغي وجوب درهم واحد لبطلان الجمعية باللام الجنسية وأجيب بأن هذا عند عدم امكان العهدية وقد امكنت لان قولها على ما في يدي صادق بالدراهم نهر (قوله وان كانت لم تقبض بعد سقط) وكذا لو كانت ابرأته منه كما سبق (قوله على انها بريئة من ضمانه الخ) اما البراءة من عيبه فصحيحة نهر (قوله وعليها تسليم عينه الخ) لانه عقد معاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الشرط لكونه مخالفا لموجب العقد ولا يبطل الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح بخلاف البيع حيث لا يصح في الآبق ويبطل بالشروط الفاسدة أيضا لانه منهي عنها فيه لا في الخلع (قوله قالت طلقني ثلاثا بألف الخ) هذا أي انما يجب له ثلث الالف اذا طلقها في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شئ كما في الفتح بخلاف ما اذا بدأ هو فقال خالعتك على ألف فانه يعتبر مجلسها في القبول لا مجلسه حتى لو ذهب من المجلس ثم قبلت في مجلسها ذلك صح قبولها شرنبلالية عن البحر (قوله له ثلث الالف) لان الباء تصحب الاعواض وهو ينقسم على المعوض عيني وقوله وهو ينقسم أي العوض المفهوم من الاعواض ويكون بدلا لوجوب المال وهذا اذا لم يكن طلقها قبل ذلك ثنتين فان كان وطلقها واحدة له كل الالف كما في المبسوط وغيره كما لو طلقها ثلاثا دفعة أو متفرقة في مجلس واحد شرنبلالية عن البحر والنهر فما في الدر من قوله وفي الخانية لو كان طلقها ثنتين فله كل الالف أي لو كان طلقها ثنتين قبل قولها له طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة هذا هو المراد وان كان كلامه لشدة اختصاره ربما اوهم خلاف ذلك (قوله بأن قالت طلقني ثلاثا على الف) أي وطلق واحدة حموي (قوله وقع رجعي مجانا الخ) لان على للشرط عند الامام والطلاق يصح تعليقه بالشرط واجزاء الشرط لا تنقسم على اجزاء المشروط فيقع رجعية بلا شئ درر (قوله وعندهما وهو قول الشافعي يقع تطليقة بائنة بثلث الالف) لانهما حملاه على العوض بمعنى الباء كما في بعت عبدا بألف أو على الف وله ان البيع لا يصح تعليقه بالشرط فيحمل على العوض ولا ضرورة في الطلاق لصحة تعليقه بالشرط درر (قوله فطلقت واحدة لم يقع شئ) لانه لم يرض بالبينونة الا بسلامة الالف كلها بخلاف قولها له طلقني ثلاثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أولى ان ترضى درر (قوله فقبلت الالف لزم الالف) لانه معاوضة أو تعليق فيقتضي سلامة البدل او وجود الشرط وذلك لما ذكرنا درر يعني اذا قبلت في المجلس ولم تكن مكرهة ولا سفيهة ولا مريضة وفي البحر عن التتارخانية قال لامرأتيه احداكما طالق بالف درهم والاخرى بمائة دينار فقبلتا طلقتا بغير شئ درر ووجه عدم لزوم البدل الجهالة اذ كل من قوله احداكما والاخرى صادق بكل منهما فكانت كل منهما محتملة لان يكون البدل في حقها الالف درهم أو المائة دينار اما ان قال أنت طالق بمائة دينار والاخرى بألف درهم وقبلتا في المجلس فانه يلزم كل منهما ما سمى من غير شك لكن حيث سقط عنهما ما سماه من البدل كان ينبغي انه يلزمهما رد ما اخذاه من المهر كما يعلم مما سيأتي عن النهر في شرح الكلام على قول المصنف بمال معلوم (قوله لزم وبانت) وانما قيد بقبولها لانها لو لم تقبل لا تطلق ولا يلزمها شئ ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بألف بعوض يجب لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده حموي عن باكير والمراد

في الصورة الاولى (أو) ردت (ثلاثة دراهم) في الثانية ثم قوله ردت مهرها اشارة الى ان المهر مقبوض لان الرد انما يكون بعد الاخذ وان كانت لم تقبض بعد سقط (وان خلع على عبد آبق لها على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ) المرأة من ضمانه وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت (قالت طلقني ثلاثا بألف) درهم (فطلق) طلقة (واحدة له ثلث الالف) وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم (وبانت) بواحدة (وفي على الف) بأن قالت طلقني ثلاثا على ألف (وقع رجعي) حال كونه (مجانا) عند أبي حنيفة وعندهما وهو قول الشافعي يقع طلقة بائنة بثلث الالف ولو قال (طلقي نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت واحدة لم يقع شئ) ولو قال (أنت طالق بألف أو على) ألف (وقبلت) الالف (لزم) الالف (وبانت) بواحدة وانما قيد بقبولها لانها لو لم تقبل لا تطلق ولا يلزمها شئ ولو قال لزوجته (أنت طالق وعليك ألف أو) قال المولى لعبده (أنت حر وعليك ألف طلقت) في الخلع (وعتق) مطلقا سواء قبلا الالف أو لا (مجانا) وذلك عند أبي حنيفة

بالوجهين قوله أنت طالق بألف وعلى ألف (قوله وعندهما عليهما الالف ان قبلا) لان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فيقال احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قوله بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة الحال اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة هنا لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة فانهما لا يوجدان بدونه درر وبقولهما يفتى در عن الحاوى (قوله وصح شرط الخيار لها لا له) لانه معاوضة من جانبها يمين من جانبه وهذا قول الامام وقالا لا يصح بناء على انه يمين من جانبها أيضا فان قلت ثبوته فى البيع على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره قلت اثبتناه هنا دلالة لان ثبوته فى البيع انما كان لدفع الغبن فى الاموال ولا شك ان الغبن فى النفوس اضر والحاجة الى التروى فيه أكثر فانه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل لها مثله فتح وفيه نظر يعلم بمراجعة النهر واطلق فى المدة فشمل اشتراطه لها أكثر من الثلاث عنده والفرق للامام بينه وبين البيع ان اشتراطه فى البيع على خلاف القياس لانه من التمليكات فيقتصر على مورد النص وفى الخلع على وفقه لانه من الاسقاطات بحر وأما خيار الرؤية فلا يثبت فيه كما فى العمادية وفيها ان خيار العيب الفاحش وهو ما يخرجه من الجودة الى الرداءة ثابت فيه دون اليسير نهر (قوله ثلاثة أيام) مقتضاه عدم جواز الزيادة على الثلاث وليس كذلك كما سبق (قوله والقول قوله) أى بيمينه شرنبلالية عن الفتح (قوله فالقول للمشترى) والفرق ان الطلاق على مال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع فلا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه ولو اقاما بينة فبينة المرأة اولى وفى القنية اقامت بينة ان زوجها المجنون خالعها فى صحته واقام وليه او هو بعد الافاقة انه خالعها فى جنونه فبينة المرأة اولى نهر ووجهه ان البينة التى تشهد بالخلع فى جنونه شهدت بنفى فى المعنى اذ الجنون عدم العقل بخلاف بينتها ولو ادعى الخلع على مال وهى تنكر يقع الطلاق باقراره والدعوى فى المال بحالها فيكون القول لها لانها تنكر وعكسه لا كيف ما كان بزازية ولو قالت كان بغير بدل فالقول لها تنوير وشرحه وكذا ان اختلفا فى مقدار البدل يكون القول لها الا ان يقيم هو البينة (قوله ويسقط الخلع الخ) أى فى نكاح صحيح ولو بلفظ بيع وشراء كما اعتمده العمادى وغيره درر والمراد الخلع الصادر بين الزوجين لانه لو خالعها مع أجنبى بماله لا يسقط به مهرها والسقوط فيما اذا كان الخلع بصيغة المفاعلة لما فى البحر عن البزازية قال لها خالعتك فقالت قبلت لا يسقط شئ من المهر ويقع الطلاق البائن اذا نوى ولا دخل لقبولها حتى اذا نوى الزوج الطلاق ولم تقبل المرأة يقع البائن وان قال لم ارد به الطلاق لا يقع ويصدق قضاء وديانة بخلاف قوله خالعتك فقالت قبلت يقع الطلاق والبراءة انتهى وباقى عبارة البزازية ان عليه مهرا وان لم يكن عليه مهر يجب رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا شرنبلالية (قوله والمبارأة) أى الابراء عن الجانبين فلا يبرأ ابا برأك الله در عن البهنسى وفى شرح المنظومة فسر المبارأة والخلع بما اذا قالت المرأة بارئنى على كذا فقال بارأتك او قالت خالعنى على كذا فقال خالعتك او قال الزوج ذلك وقالت قبلت انتهى وفى البحر هى ان تقول للزوج برئت من نكاحك بكذا ولا يخفى وقوع الطلاق البائن فى هذه الصورة وقد صورها فى فتح القدير بان يقول بارأتك على ألف ولم يذكر وقوع الطلاق به وقد صرح بوقوع الطلاق بهذا اللفظ فى الخلاصة والبزازية لكن قال فيهما نية الطلاق فى الخلع والمبارأة شرط الصحة الا ان المشايخ لم يشترطوه فى الخلع لغلبة الاستعمال ولان الغالب كون الخلع بعد مذاكرة الطلاق فلو كانت المبارأة أيضا كذلك لا حاجة الى النية وان كان من الكنايات شرنبلالية واعلم ان ظاهر كلام البزازية يفيد ان الخلع يسقط المهر مطلقا سواء ذكر المال او لم يذكر وهو الظاهر أيضا من اطلاق كلام المصنف لكنه خلاف ظاهر الرواية برجندى عن الذخيرة ونصه اذا لم يذكر المال فى الخلع لا يسقط من المهر شئ فى ظاهر الرواية انتهى والطلاق على مال قيل انه مسقط للمهر كالخلع والمعتمد لا تنوير وشرحه عن البزازى وفى النهر عن الفصول أكثرهم على انه لا يوجب البراءة عن

وعندهما عليهما الالف ان قبلا وان لم يقبلا لا يقع الطلاق والعتاق وكذا اذا قالت المرأة لزوجها طلقنى ولك ألف درهم او خالعنى ولك ألف درهم ففعل ذلك وقع الطلاق ولم يجب المال عليها عنده وعندهما يجب عليها المال (وصح شرط الخيار لها) فى الخلع (لا له) فان خالعها على ألف على انها بالخيار ثلاثة ايام فقبلت صح شرط الخيار فان ردت الخيار فى المدة بطل الخلع ولا يقع الطلاق وان اختارت فالطلاق واقع والمال لازم وقالا الخيار باطل والطلاق واقع فى الحال والمال لازم عليها وان خالعها على انه بالخيار ثلاثة أيام فقبلت بطل الخيار ووقع الطلاق بالاتفاق ولو قال لامرأته (طلقتك أمس بألف فلم تقبلى فقالت قبلت صدق) الزوج والقول قوله (بخلاف البيع) فانه لو قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف امس فلم تقبل فقال المشترى قبلت فالقول للمشترى (ويسقط الخلع والمبارأة) من بارأ شريكه أى ابرأ كل واحد منهما صاحبه ومنه قولهم المبارأة كالخلع وترك الهمزة خطأ كذا فى المغرب (كل حق لكل واحد) من الزوجين (على الآخر مما يتعلق

المهر وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى ثم نقل عن القاضي انه عندهما كالخلع والصحيح من الروايتين عن الامام كقولهما انتهى (قوله أى من الحقوق الواجبة بالنكاح) والمراد بحقوق النكاح المهر والمتعة في التي لم يسم لها مهرا والنفقة الماضية المفروضة حموي عن البرجندي فان قلت كيف كانت المتعة كالمهر في السقوط بالخلع أو المبارأة مع ان المتعة لم تكن واجبة قبل الخلع بل بعده فالقياس عدم سقوطها كنفقة العدة قلت ينبغي ان يحمل كلامه على ما اذا كان الخلع او المبارأة قبل الوطء لان المتعة حينئذ تجب لها عوضا عن المهر لانها في صورة عدم التسمية لا تأخذ شيئا وابتغاء البضع لا ينفك عن المال كما يشير اليه ما قدمناه عند قول المصنف وتستحب المتعة لكل مطلقة الا للمفوضة قبل الوطء معزيا للدرر فاذا كانت عوضا عن المهر في هذه الصورة فانها تأخذ حكمه وهو السقوط بالخلع او المبارأة وتقييد النفقة بالمفروضة في كلام البرجندي لا للاحتراز عن غير المفروضة بل ليعلم الحكم فيها وهو السقوط بالاولى وكذا الكسوة وفي الدر عن البزازية اختلعت على ان لا دعوى لكل على صاحبه ثم ادعى ان له كذا من القطن صح لاختصاص البراءة بحقوق النكاح انتهى (فرع) قال الولوالجي ولو بارأها على جعل وقبضت مهرها ولم تقبض دخل المهر في المبارأة ولم يتراجعا يريد انه اذا قبضت المهر وبارأها قبل الدخول لا يرجع بكل المهر ولو خالعها لم يتراجعا في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف في المبارأة لا يتراجعان وفي الخلع يتراجعان ولو طلقها على جعل تراجعا وقال محمد يتراجعان في ذلك كله ولو شرط الزوج في الخلع ان لا يكون عليه مؤنة السكنى فان كانا يسكنان في بيت واحد صح ويجب عليها الاجر فرق بين هذا وبين ما اذا ابرأت زوجها من النفقة قبل ان تصير دينا في الذمة حيث لا يصح لان الابراء اذا شرط في الخلع كان ابراء بعوض فيكون استيفاء لما وقعت البراءة عنه لان العوض قائم مقامه والاستيفاء قبل الوجوب جائز فانها اذا اخذت نفقة شهر جملة جاز اما في غير الخلع والابراء انما جعل بغير عوض فيكون اسقاطا واسقاط النفقة قبل ان تصير دينا لا يصح حموي عن شرح ابن الشلبي (قوله ومؤنة السكنى) يعني الا اذا ابرأته عنها بخلاف ما لو ابرأته عن السكنى حيث لا يصح لان خروجها معصية عيني ولو ابرأته عن مؤونة السكنى بأن التزمتها اوسكنت ملكها صح مشروطا في العقد لانه خالص حقها فيفرق بين السكنى ومؤنتها فمؤنة السكنى تسقط بالتنصيص عليها بخلاف السكنى حيث لا تسقط ولو بالتنصيص در (قوله ونفقة الولد) الا اذا شرط البراءة منها ووقتا وقتا كالسنة فانه يصح ويلزم والا فلا بحر وفيه عن الملتقى وغيره لو كان الولد رضيعا صح وان لم يوقتا وترضعه حولين بخلاف الفطيم ولو تزوجها وهربت اوماتت أو مات الولد رجع ببقية نفقة الولد والعدة الا اذا شرطت براءتها ولها مطالبته بكسوة الصبي الا اذا اختلعت عليها أيضا ولو فطيما فيصح ولو خالعته على نفقة ولده شهرا مثلا وهي معسرة فطالبته بالنفقة يجبر عليها وعليه الاعتماد فتح وفيه لو اختلعت على ان تمسكه الى البلوغ صح في الانثى لا الغلام ولو تزوجت فللزوج أخذ الولد وان اتفقا على تركه لانه حق الولد وينظر الى مثل تلك المدة فيرجع به عليها تنوير وشرحه وقوله بخلاف الفطيم أى لابد من توقيت البراءة من نفقته لتصح عوضا للخلع والحيلة في براءتها مع موت الولد ان تقول فان مات الولد قبل المدة فلا رجوع لك علي وقياسه انها لو شرطت براءتها اذا نشزت ان يصح الشرط نهر يعني اذا استعجلت الزوجة نفقة شهر مثلا ثم نشزت قبل مضي الشهر فانه يرجع عليها بنفقة المدة التي نشزت فيها الا ان تكون اشترطت براءتها (قوله حتى لو خالعها الخ) لا فرق بين خلعتك وخالعتك اذا ذكر العوض اما اذا لم يذكر فبينهما فرق من وجهين الاول ان خلعتك لا يتوقف على القبول بخلاف خالعتك الثاني لا براءة في الاول بخلاف الثاني (قوله بمال معلوم) قيد به لانه لو كان مجهولا جهالة غير مستدركة كثوب بطلت التسمية وردت ما قبضته من المهر وكذا لو قالت على ما في هذا البيت وليس فيه شئ اوعلى ما يثمر نخلي العام بخلاف ما لو كانت مستدركة كثوب هروي نهر (قوله وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه) فقط لانه عقد معاوضة فوجب الاقتصار على المسمى كسائر المعاوضات زيلعي ولها المهر على الزوج

بالنكاح) أي من الحقوق الواجبة بالنكاح الثابتة عند الخلع فلا تسقط نفقة العدة ومؤنة السكنى ونفقة الولد ودين واجب عليه بسبب آخر ومهر كان لها عليه في نكاح سابق والجواب في الدين ظاهر الرواية (حتى لو خالعها أو بارأها بمال معلوم كان للزوج ما سمت له ولم يبق لاحدهما قبل صاحبه دعوى) وهو اسم للادعاء وجمعها دعاوى بالفتح كفتوى وفتاوى كذا في المغرب (في المهر مقبوضا كان او غير مقبوض قبل الدخول بها او بعده) وقال محمد لا يسقط فيهما

وله الرجوع عليها بنصف ما قبضت قبل الدخول ولا تسقط نفقة العدة الا بالتسمية عيني لكن لو أبدل قوله ولا تسقط بقوله ولهذا لا تسقط نفقة العدة لكان اولى ليكون استشهادا من محمد على ان الخلع والمبارأة لا يسقطان الا ما سمياه فقط كما هو صنيع الزيلعي ولان عدم سقوط نفقة العدة متفق عليه لا انه مذهب محمد فقط كما يوهمه كلامه (قوله الا ما سمياه) فيه تصريح بان التسمية كما تكون من الزوجة تكون من الزوج حموي (قوله وايهما كان له قبل صاحبه شئ الخ) كيف يتصور ان يكون على الزوجة شئ من المهر للزوج حتى ترده عليه حموي وأجاب شيخنا بانه يتصور فيما لو قبضت الف المهر ووهبته له فخالعها قبل الدخول فقد وجب له على زوجته نصف المهر لان ما قبضته منه بحكم الهبة غير ما وجب له عليها لان الدراهم لا تتعين في العقود والفسوخ فاذا لم يسمياه ردته عليه على قول محمد انتهى (قوله وان خلع الولي صغيرته) المراد بالولي هو الاب كما يعلم من كلامهم قال في النهر قيد بالاب لان الام لو وقع الخلع بينها وبين زوج الصغيرة فان اضافت البدل الى مال نفسها او قبلت تم الخلع كالاجنبي وان لم تضف ولم تضمن لا رواية فيه والصحيح أنه لا يقع الطلاق بخلاف الاب كذا في البزازية وبالصغيرة لان الكبيرة لا يلزمها المال بالاولى الا اذا قبلت وهذا دليل على ان الطلاق واقع وقيل لا يقع هنا الا باجازتها وان لم تجز فان ضمنه الاب لزمه والا لا قاله البزازي والصغير لا يصح خلع الاب عليه ولا يقع طلاقه الخ (قوله لم يجز الخلع عليها) هذا اللفظ وان احتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الاب لكنه يتعين ان يراد به لزوم المال لانه لا نظر لما فيه مع وقوع الطلاق لانه الاصح نهر فان قلت لا حاجة الى قوله هذا اللفظ وان احتمل عدم وقوع الطلاق الخ لما سيأتي من قوله وطلقت قلت قوله وطلقت لا وجود له في المتن الذي شرح عليه في النهر واعلم ان كلامه على حذف مضاف فتقدير قوله لكن يتعين أن يراد به لزوم المال أي عدم لزوم المال كما لا يخفى ثم ان كان الطلاق بلفظه وقع رجعيا وان بلفظ الخلع وقع بائنا فلو بلغت وأجازت ما فعله الاب جاز كذا في الفتح هذا اذا قبل الاب فان قبلت هي وهي تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب وقع اتفاقا نهر (قوله فلا يسقط المهر) وقد ذكروا لسقوط المهر والمتعة عن الزوج في الصغيرة حيلا منها ان يجعل بدل الخلع على اجنبي بقدر المهر ثم يحيل به الزوج من له ولاية قبض ذلك منه نهر واعلم ان عدم سقوط مهرها فيما اذا خلع الاب صغيرته على مهرها مقيد بما اذا لم يعلم الاب ان الخلع خير لها أما اذا علم ذلك بأن كانت لا تحسن العشرة مع الزوج فخلعها على صداقها يسقط الصداق عن الزوج وان قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه لانه قضاء في موضع الاجتهاد مفتاح عن الخانية (قوله ولكن طلقت) بائنا أو رجعيا على ما سبق من التفصيل وفي البحر عن جامع الفصولين طلق الصبية بمال يقع رجعيا وفي الامة يصير بائنا اذ الطلاق بمال يصح في الامة لكنه مؤجل وفي الصبية يقع بلا مال انتهى (قوله الا اذا قبلت) في البحر عن الشارح لو ذكر الزوج البدل عليها توقف على قبولها ان كانت أهلا فان قبلت وقع اتفاقا ولا يلزم المال وان قبل الاب عنها صح في رواية لانه نفع محض لانها تتخلص بلا مال ولا يصح في أخرى لان قبولها في معنى شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح انتهى وفيه عن جوامع الفقه طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فبلغت وقعت طلقة ولا يبرأ وان قبل أبوها أو أجنبي وروى هشام عن محمد انه يقع وروى الهندواني عن محمد انه لا يقع فلو بلغت واجازت جاز (قوله طلقت والالف واجب عليه) لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب أولى وكذلك لو خلعها على مهرها على انه ضامن له صح ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل في ولاية الاب فاذا بلغت تأخذ نصف الصداق قبل الدخول وكله ان كان بعده من الزوج ويرجع هو على الاب الضامن أو ترجع على الاب ولا يرجع هو على الزوج نهر (قوله ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة) لان المال لا يلزمها (فرع) خلع المريضة يعتبر من الثلث لكونه تبرعا لان البضع غير متقوم حالة الخروج در رحتى يكون له الاقل من ميراثها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج كان له الاقل من الارث ومن الثلث اذا ماتت وهي

الا ما سمياه وايهما كان له قبل صاحبه شئ من المهر رده عليه وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة في انه لا شئ لاحدهما على صاحبه (وان خلع) الولي (صغيرته) مع زوجها (بمالها لم يجز) الخلع (عليها) فلا يسقط المهر ولا يستحق الزوج ما عين الولي من مال الصغيرة (و) لكن (طلقت) وهو الصحيح وفي رواية لا يقع الطلاق الا اذا قبلت الصغيرة (ولو) خلع الولي صغيرته (بألف على انه) أي الولي (ضامن طلقت والالف) واجب (عليه) ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة ولكن المراد بالضمان هنا التزام المال ابتداء لا بجهة الكفالة والله أعلم

في العدة ولو بعد انقضائها أو كانت غير مدخول بها كان له بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث ولو زادته في البدل بعد تمامه فالزيادة غير صحيحة كما في الخانية وفي المجتبى لو تخالعا ولم يذكرا مالا لا يصح الخلع في رواية عن محمد والاصح انه يصح اهـ يعني ويسقط المهر على ما مر نهر وهو بحسب الظاهر مخالف لما في التنوير وشرحه حيث قال قال الزوج خالعتك فقبلت المرأة ولم يذكرا مالا طلقت وبرئ عن المهر المؤجل لو كان عليه والا ردت عليه ما ساق اليها من المهر لما مر انه معاوضة فيعتبر بقدر الامكان انتهى لاقتضائه ان السقوط قاصر على خصوص المؤجل اللهم الا ان يحمل المهر في كلام النهر على خصوص المؤجل فتزول المخالفة (تتمة) اختلعت المكاتبة لزمها المال بعد العتق لانه تبرع سواء كان باذن المولى أو بغير اذنه لانها محجورة عن التبرعات ولو اختلعت الامة أو أم الولد باذن المولى لزمها المال واذا خلع الامة مولاها من زوجها الحر على رقبتها صح الخلع بغير شئ ولو كان الزوج مكاتبا أو عبدا أو مدبرا جاز الخلع وصارت أمة للسيد والفرق انها تصير مملوكة للمولى فلا ينفسخ النكاح وفي الحر لو صارت مملوكة له بطل النكاح فيبطل الخلع كذا في الاختيار وقوله وصارت أمة للسيد أي لسيد الزوج لكن ينظر وجه الفرق بين المكاتبة حيث لا يلزمها البدل للحال بل بعد العتق وان كان باذن المولى بخلاف الامة وأم الولد حيث لزمهما للحال اذا كان باذن المولى

(باب الظهار)

هو لغة مقابلة الظهر بالظهر فان الشخصين اذا كان بينهما عداوة يجعل كل منهما ظهره الى ظهر الآخر درر وشرعا ما سيذكره المصنف يقال ظاهر من امرأته قال لها أنت علي كظهر أمي وعدي بمن مع انه متعد بنفسه لتضمنه معنى التبعيد نهر (قوله الظهار أيضا بناء على النشوز) أي يكون سببه النشوز من قبل الزوجة فحينئذ يناسب باب الخلع حموي وقدم الخلع لانه أكمل في التحريم اذ هو تحريم بقطع النكاح وهذا مع بقائه نهر وفي المفتاح لما كان طلاقا في الجاهلية وقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة ناسب أن يذكر في أبواب الطلاق انتهى (قوله وهو في الشرع تشبيه المنكوحة) من اضافة المصدر لمفعوله أي تشبيه الزوج منكوحته نهر أي الزوج المسلم العاقل ولو حكما البالغ فلا يصح ظهار الذمي والمجنون والمعتوه والمدهوش والمبرسم والمغمى عليه والنائم والصبي أما السكران فيصح ظهاره وكذا المكره والمخطئ والاخرس باشارته المفهومة ولو بكتابة الناطق المستبينة نهر وركنه قوله أنت علي كظهر أمي أو ما يقوم مقامه وحكمه حرمة الوطء والدواعي الى وجود الكفارة زيلعي وأطلق في المنكوحة فعم ما لو كانت كتابية أو صغيرة أو مجنونة أو مدخولا بها أولا ولو رتقاء فلا يصح الظهار من الامة والمدبرة وام الولد وولد أم الولد والمكاتبة والمستسعاة ولا من الاجنبية الا اذا اضافه الى سبب الملك كان تزوجتك فأنت علي كظهر أمي ولا من المبانة بواحدة أو ثلاث نهر وكلامه يشير الى صحة الظهار من المنكوحة ولو أمة أو معتدة من رجعي (فرع) قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم طلقها فبانت منه ثم دخلت الدار وهي في العدة لم يقع عليها الظهار لان المعلق بالشرط كالمنجز ولو نجز الظهار في هذه الحالة لا يصح حموي عن فتاوى الولوالجي واسمه اسحاق نهر وفي اضافة الظهار الى المنكوحة اشعار بانها لو قالت لزوجها أنت علي كظهر أمي لا تكون مظاهرة لكن عليها كفارة يمين عند ابي يوسف وقال الحسن يجب عليها كفارة ظهار حموي عن المضمرات والذي في الشرنبلالية عن النهر معزيا الى الجوهرة قال وعليه الفتوى قالت لزوجها أنت علي كظهر أمي أو أنا عليك كظهر أمك لا يكون ظهارا ولا يمينا أيضا وهو الصحيح انتهى (قوله بمحرمة) أي بأنثى محرمة عليه فخرج ما لو شبهها بظهر أبيه أو ابنه كما في البدائع وما في البحر من انه لو قال بمحرم ليتناول الذكر والانثى لكان أولى لما في المحيط لو شبهها بفرج أبيه أو ابنه

(باب الظهار) الظهار أيضا بناء على النشوز مأخوذ من الظهر (وهو) في الشرع (تشبيه المنكوحة بمحرمة عليه) أي على الظاهر مؤبدا سواء كانت الحرمة بنسب أو رضاع

يكون مظاهرا رده فى النهر لكن يرد على المصنف ما فى الخانية أنت على كالدم والخنزير والغيبة والنميمة والزنا والربا والرشوة وقتل المسلم فالصحيح انه ان نوى طلاقا أو ظهارا فكما نوى وان لم ينو شيئا كان ايلاء نهر ودر لكن قال السيد الحموى وفى الورود نظر فتأمله انتهى وأقول وجه التنظير فى الورود ما نقله فى النهر عن البدائع ان من شرائط الظهار التى ترجع الى المظاهر به ان يكون من جنس النساء حتى لو قال لها أنت على كظهر ابى أو ابنى لا يصح الظهار لانه انما عرف بالشرع والشرع انما ورد به فيما اذا كان المظاهر به امرأة اه وحينئذ فعلى ما ذكره فى البدائع اذا قال أنت على كالدم والخنزير الخ ما سبق عن الخانية لا يكون مظاهرا مطلقا وان نوى الظهار خلافا لما صححه فى الخانية فلا يكون هذا حينئذ واردا على المصنف (قوله أو مصاهرة) أراد بالمصاهرة خصوص ما اذا كان سببها مباحا بدليل التفريع الذى ذكره الشارح (قوله حتى لو قال أنت على كظهر فلانة وهى أم المزنى بها او ابنة المزنى بها لا يكون مظاهرا) قلت فلهذا زاد فى النهاية فى التعريف لفظ اتفاقا بعد قوله بمحرمة حموى وما فى الدراية زنى أبوه بامرأة او ابنه فشبهها بأمها أو ابنتها يصير مظاهرا عند أبى يوسف ولا ينفذ حكم الحاكم بحلها وعند محمد لا يصير مظاهرا وينفذ حكم الحاكم استشكله الكمال بأن غاية أم مزنية الاب والابن أن تكون كأم زوجة الاب والابن ولا تحرم أم زوجة الاب على الابن ولا أم زوجة الابن على الاب واجاب فى النهر بأن الضمير فى شبهها يرجع للزانى المستفاد من زنى وعليه فلا اشكال وبه يستغنى عما ادعى فى البحر من ان التعبير بكون ما فى الدراية غلطا أو سبق قلم أولى من كونه مشكلا (قوله كذا فى شرح الطحاوى) كذا فى النهاية لكن هذا قول محمد وقال أبو يوسف يكون مظاهرا قيل وهو قول الامام قال القاضى والامام ظهير الدين وهو الصحيح لكن رجح العمادى قول محمد والخلاف مبنى على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد وقال ابو يوسف لا ينفذ قال فى الفتح فظهر ان مبنى ثبوت الخلاف فى الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعا عليها أولا بل كونها يسوغ فيها الاجتهاد أولا وعدم تسويغ الاجتهاد لعدم وجود الاجماع أو النص الغير المحتمل للتاويل من غير معارضة نص آخر فى نظر المجتهد اه على انك قد علمت ترجيح قول أبى يوسف فلا حاجة الى ما زيد نهر (قوله على التأبيد) المراد تأبد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله لا باعتبار وصف يمكن زواله فان المجوسية محرمة على التأبيد ومع هذا لو قال أنت على كظهر مجوسية لا يكون مظاهرا وعلله فى الفتح بأن التأبيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية يعنى فانهما وصفان لا يمكن زوالهما وتعقبه فى البحر بأن التحقيق ان حرمة المجوسية ليست بمؤبدة وفيه كلام يعلم بمراجعة النهر وفى الشرنبلالية عن الخانية لا يكون مظاهرا فى تشبيهها بأم أو بنت من مسها أو نظر الى فرجها بشهوة فى قول أبى حنيفة قال ولا يشبه هذا الوطء انتهى فقوله ولا يشبه هذا الوطء صريح فى انه يكون مظاهرا اذا شبهها بأم أو بنت المزنى بها فى قول أبى حنيفة وتقدم انه الصحيح وانه قول أبى يوسف أيضا (قوله كأخت امرأته) وعمتها وخالتها وابنة أختها أو أمتعة الغير وأمواله (قوله حرم الوطء ودواعيه) لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا نزلت فى خولة بنت مالك بن ثعلبة امرأة أوس بن الصامت رآها وهى تصلى وكانت حسناء فلما سلمت راودها فأبت فغضب فظاهر منها فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت ان أوسا تزوجنى وأنا شابة مرغوب فى فلما خلا سنى ونثر بطنى جعلنى كأمه وروى انها قالت له عليه السلام ان لى منه صبية ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الى جاعوا فقال عليه السلام ما عندى فى أمرك من شئ وروى انه عليه السلام قال لها حرمت عليه فهتفت وشكت الى الله تعالى فنزلت الآية زيلعى (قوله وهى اللمس الخ) قال فى البحر والدواعى المباشرة والتقبيل واللمس عن شهوة والنظر الى فرجها بشهوة كما فى البدائع ولا يدخل فيها النظر اليها بشهوة وفى التتارخانية ولا يحرم النظر الى ظهرها وبطنها ولا الى الشعر والصدر انتهى كالجارية قبل الاستبراء شرنبلالية واعلم ان الدواعى حرام فى الظهار والاحرام

والاعتكاف

كظهر او مصاهرة حتى لو قال أنت على كظهر فلانة وهى أم المزنى بها وابنة المزنى بها لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء من يقول ان الحرام لا يحرم حلالا كذا فى شرح الطحاوى (على التأبيد) وهو أى حرمة كائنة على التأبيد احترازا عن المحرمة لا على التأبيد كأخت امرأته (حرم الوطء ودواعيه) وهى اللمس

والاعتكاف والاستبراء حلال فى الحيض والصيام والفرق فى الزيلعى (قوله والتقبيل) وعند محمد
لو قدم من سفر له تقبيلها للشفقة در (قوله ونحوهما) يريد به النظر الى فرجها بشهوة (قوله كظهر
أمى) أو أمك او حذف على نهر وسواء وجدت منه النية أو لم توجد لانه صريح فى الظهار غاية ولا بد
من اداة التشبيه اذ لو تجرد الكلام عنها فقال أنت أمى لا يكون مظاهرا و يكره لقربه من التشبيه شرنبلالية
وفى النهر صرحوا بكراهة قوله لزوجته يا أختى أو يا بنتى (قوله حتى يكفر) أفاد بالغاية انه لو طلقها ثلاثا ثم
عادت اليه تعود بالظهار وكذا لو كانت أمة فاشتراها او نفسخ العقد أو كانت حرة فلحقت بعد ردتها بدار
الحرب وسبيت ثم اشتراها لا تحل له ما لم يكفر قلوا ولها ان تطالبه بالوطء وعلى القاضى اجباره على التكفير
حيث أبى بالحبس فان تمرد ضربه إلى ان يكفر زاد فى التتارخانية أو يطلق فان قال كفرت صدق ما لم
يعرف بالكذب هذا اذا اطلقه أما اذا قيده بوقت كشهر أو سنة سقط الظهار بمضى ذلك الوقت كذا فى
النهاية ولو علقه بمشيئة الله تعالى بطل ولو بمشيئة فلان أو مشيئتها كان على المشيئة فى المجلس نهر عن
الخانية وأقول لا فائدة للاجبار على التكفير الا الوطء والوطء لا يقضى به عليه الا مرة واحدة فى العمر كما مر
فى القسم ولهذا الوصار عندنا بعد ما وطئها مرة لا يؤجل واشتراط الاول لتكميل الصداق لاحتمال
أن يرفع الى من لا يرى التكميل بالخلوة حموى عن الغاية قال وفرض المسئلة فيما اذا لم يطأها قبل الظهار
أبدا بعيد وقد يقال فائدة الاجبار على التكفير رفع المعصية قال الشلبى ولا يجبر على شئ من الكفارات الا
كفارة الظهار ووجه عدم الجبر عليهما انها عبادة (قوله وقال الشافعى الدواعى ليست بحرام) لان التماس
أريد به الوطء وهو مجاز فيه فلا يراد به الحقيقة ونحن نقول التماس حقيقة اللمس باليد فيحمل عليه حتى
يقوم الدليل على المجاز ونقول انه يتناول المجاز لفظا ويلحق غيره بالقياس احتياطا فى موضع الحرمة ومثله
لا يمتنع الجمع زيلعى يعنى بين الحقيقة والمجاز (قوله ولا شئ عليه غير الكفارة) لقوله عليه السلام للظاهر
المواقع استغفر الله ولا تعد حتى تكفر غاية واعلم انه اذا وطئها قبل التكفير ثم استغفر لا يعاودها حتى
يكفر وذكر البيضاوى فى الانوار عن أصحاب أبى حنيفة اذا كان التكفير بالاطعام يحل له أن يجامعها قبل
التكفير ولم يوجد فيما اشتهر من كتب الحنفية حموى عن البرجندى قال واعلم انهم اختلفوا فى سقوط
الكفارة لو مات بعد مدة قبل التكفير والاصح السقوط (قوله وعوده عزمه على وطئها) أى استباحة
وطئها الا العزم على نفس الوطء لانهم قالوا المراد فى الآية ثم يعودون لنقض ما قالوا ورفعه وهو انما يكون
باستباحتها بعد تحريمها لكونه ضد الحرمة ولقد أبعد من قال ان المراد تكرار الظهار لانه لو كان
كذلك لقال تعالى ثم يعيدون ما قالوا من الاعادة لا من العود بحر وذكر البيضاوى فى الانوار ان العود
عند أبى حنيفة استباحتها ولو بنظرة بشهوة حموى عن البرجندى ثم سبب وجوب الكفارة هو الظهار
والعود وعليه العامة كما فى البدائع لان الكفارة دائرة بين العقوبة والعبادة فيكون سببها دائرا أيضا بين
الحظر والاباحة حتى تتعلق العقوبة بالمحظور وهو الظهار والعبادة بالمباح وهو العزم على وطئها لانه
نقض للمنكر وقيل الظهار سبب والعود شرط وقيل عكسه واليه يشير كلام الشارح وقيل هما شرطان
والسبب أمر ثالث وهو كون الكفارة طريقا معينا لايفاء حقها وكونه قادرا على ايفائه وقيل كل منهما
شرط وسبب قال فى البحر ولم يظهر لى ثمرة الاختلاف بين الاقوال لاتفاقهم على جواز التكفير بعد الظهار
قبل العزم وعلى انه لو عزم ثم ترك فلا اثم وعلى عدم الكفارة لو أبانها بعده و بعد العزم (قوله أى العود
الذى تجب به الكفارة) يشير الى ان العود هو السبب ويرد عليه ان الحكم يتكرر بتكرر سببه لا شرطه
والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وعلى من جعله الظهار فقط ان السبب ما دار بين محظور ومباح
وهو محظور فقط فلا يصلح للسببية قال فى البحر وسنجيب عنه فى الكفارة (قوله عزمه على وطئها) عزما
مؤكدا حتى لو عزم ثم بدا له ان لا يطأها لا كفارة عليه لعدم العزم المؤكد لا انها وجبت بنفس العزم ثم
سقطت كما قال بعضهم لان الكفارة بعد سقوطها لا تعود الا بسبب جديد بحر عن البدائع وفيه تأمل واعل

والتقبيل ونحوهما) (أنت على كظهر
أمى حتى يكفر) (وقال الشافعى الدواعى
ليست بحرام) (فلو وطئ) الظاهر (قبله
استغفر ربه فقط) ولا شئ عليه غير
الكفارة) (وعوده) أى العود الذى
تجب به الكفارة أى يستقر به وجوبها
(عزمه على وطئها)

الصواب حذف قوله الا بسبب جديد وابدال قوله لان الكفارة بعد سقوطها لا تعود بقوله لان الكفارة بعد وجوبها لا تسقط كما هو ظاهر (قوله وعند الشافعي السكوت عن الطلاق الخ) لان موجب هذا التشبيه ان لا يمسكها نكاحا فاذا أمسكها فقد نقض ظهاره قلنا ان موجب الظهار امتناعه عن وطئها ونقضه هو العزم عليه فمعنى قوله ثم يعودون لما قالوا أي لتحليل ما حرموا على حذف المضاف والحاصل ان جعل السكوت عن الطلاق عقب الظهار عوداله فاسد من وجهين أحدهما ان الظهار لم يوجب تحريم العقد حتى يكون العود امساكها والثاني ان ثم للتراخي وفيما قاله تركه لانه يتصل به سكوته عن طلاقها وهذا بعيد لا يفهم من لفظ النص أصلا زيلعي (قوله وبطنها الخ) لان هذه الاشياء يحرم عليه النظر اليها ولمسها عيني (قوله أي اذا قال أنت على كبطن أمي وفخذها الخ) في هذا الحل تغيير لاعراب المتن عن الرفع الى الجر وكان الاولى تأخير قوله أي اذا قال أنت على الخ عن قول المصنف وفخذها وفرجها (قوله فهو مظاهر) لان الظهار ليس الا التشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في هذه الاعضاء زيلعي (قوله وأخته الخ) لو حذف هذه الجملة لكان اولى لان حرمتهن المؤبدة معلومة من الرضاع المتقدم نهر والتقييد بأخته وعمته الخ للاحتراز عما لو شبهها بأختها او عمتها او خالتها لان حرمتهن ليست على التأبيد وانما تحرم عليه مادامت هي في عصمته لاجل الجمع فاذا طلقها وماتت حلت له لعدم الجمع زيلعي (قوله رضاعا) قيد في الكل نهر (قوله ورأسك الخ) لان هذه الاعضاء يعبر بها عن الجميع عيني (قوله كانت) خبر لقوله رأسك وما عطف عليه حموي عن المفتاح (قوله وان نوى بأنت الخ) شروع في كناياته التي تتوقف على النية وكذا لو حذف على كما في الخانية نهر (قوله او طلاقا) واذا نوى الطلاق كان بائنا لانه تشبيه بالام في الحرمة شيخنا (قوله فكما نوى) لان اللفظ يحتمل كلا منها فاترجح بالنية تعين درر وفي كلام المصنف ايماء الى ان التصريح بما كان فيه ذكر العضو نهر (قوله وان لم ينو شيئا لغا) لانه مجمل في حق التشبيه فالم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشئ نهر عن الفتح وفي الشارح لما كانت كاف التشبيه لا عموم لها تعين الادنى يعني الكرامة قال في النهر وعلى هذا فمعنى كونه لغوا يعني في حق الظهار والطلاق (قوله وقال محمد يكون ظهارا) لانه شبهها بجميعها فيدخل العضو في الجملة وعن أبي يوسف مثله اذا كان في حالة الغضب وعنه انه يكون ايلاء لان أمه محرمة عليه بالنص فيحمل عليه لان الحرام بين بالنص وان نوى به التحريم لا غير فعند أبي يوسف يكون ايلاء ليكون الثابت به أدنى المحرمات لان سبب الايلاء وحكمه اخف ويمكن رفعه بالوطء ولا يبقى حكمه بعد زوج آخر ولا يثبت للحال ولا يحبره القاضي اذا امتنع بخلاف الظهار وعند محمد يكون ظهارا لان كاف التشبيه تختص به وقال قاضيخان في شرح الجامع الصغير اذا نوى التحريم ذكر في بعض النسخ انه ايلاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف والاصح انه يكون ظهارا عند الكل لان التحريم المؤكد بالتشبيه ظهار ولو قال أنت على كامي فهو مثل قوله أنت على مثل أمي في جميع ما ذكرنا زيلعي (قوله أي ان نوى بقوله أنت على حرام كامي ظهارا أو طلاقا فكما نوى) لان قوله أنت على حرام من الكنايات فيكون طلاقا بالنية وقوله كامي لتأكيد تلك الحرمة فلا يخرج به من ان يكون طلاقا وان نوى به الظهار فظهار لانه شبهها في الحرمة بأمه ولو شبهها بظهرها كان ظهارا فكذا هنا أولى وانتفى احتمال البر والكرامة هنا التصريح بالحرمة زيلعي (قوله وان لم يكن له نية فظهار) لانه لفظ محتمل فثبت به الادنى والحرمة بالظهار دون الحرمة بالطلاق لان الحرمة بالظهار لا تزيل الملك والحرمة بالطلاق تزيله زيلعي (قوله وعند أبي يوسف ايلاء) وجهه مامر (قوله فظهار عند أبي حنيفة) لان ذكر الظهر يرجح جانب الظهار درر فلا تعمل فيه النية زيلعي وعرف منه انه يكون ظهارا فيما اذا لم ينو شيئا بالاولى نهر (قوله وعندهما ان نوى الظهار الخ) وان نوى ايلاء فايلاء لان كلا منهما محتمل كلامه ثم عند محمد ان نوى الطلاق لا يكون ظهارا الا انه لما وقع الطلاق بقوله أنت على حرام بانت ولا يصير مظاهرا بقوله بعد ذلك كظهر أمي لان الظهار من المبانة لا يصح وقال ابو يوسف يكونان معا الظهار بلفظه والطلاق بنيته

وعند الشافعي السكوت عن الطلاق عقب الظهار عوده (وبطنها) أي اذا قال أنت على كبطن أمي (وفخذها وفرجها) فهو مظاهر كما اذا قال انت على كظهرها) ولو قال كيدها أو رجلها أو عقبها لم يكن مظاهرا (وأخته وعمته وامه رضاعا) كأمه (ورأسك) أي اذا قال رأسك على كظهر أمي (وفرجك ووجهك ورقبتك ونصفك وثلثك كانت) على كظهر أمي فيكون مظاهرا (وان نوى بأنت على مثل أمي برا) وكرامة منصوب على انه مفعول نوى (أو ظهارا أو طلاقا فكما نوى والا) أي وان لم ينو شيئا (لغا) ما قال وقال محمد يكون مظاهرا (وبأنت) أي ان نوى بقوله أنت (على حرام كأمي ظهارا أو طلاقا فكما نوى) وان لم يكن له نية فظهار وعند أبي يوسف ايلاء (وبأنت) أي ان نوى بأنت (على حرام كظهر أمي طلاقا أو ايلاء فظهار) عند أبي حنيفة وعندهما ان نوى الظهار أو لم يكن له نية فظهار وان نوى الطلاق فطلاق

زيلعي

زيلعي (قوله ولا ظهار الا من زوجته) حرة كانت او مملوكة مسلمة او كتابية حموي عن الجوهرة (قوله حتى لو ظاهر من امته الخ) لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الآية ولفظ النساء يتناول المنكوحات اذ لفظ النساء مضافا الى الازواج لا يتناول الاماء ولان الحل ليس بمقصود فى الامة وانما المقصود الاستخدام حتى يثبت ملك اليمين فيمن لا يحل له وطؤها فلا تكون مقصودة بالتحريم اذ الحل فيها تبع لملك اليمين لا مقصود ولهذا لو اشترى أمة فوجدها ممن لا يحل له وطؤها برضاع او غيره ليس له ردها على البائع وفى المنكوحة اصل فيمتنع الالحاق زيلعي (قوله خلافا لمالك) والنص حجة عليه ولان الظهار كان طلاقا فى الجاهلية فنقل الشرع حكمه الى تحريم موقت بالكفارة والامة ليست بمحل للطلاق فلا تكون محلا للظهار عيني (قوله بطل الظهار) لانه صادق بالتشبيه فى ذلك الوقت وانما لم يتوقف على الاجازة كالنكاح لانه ليس من حقوقه وتوقف عتق المشترى من الفضولى لانه من حقوق الملك على معنى انه يثبت له بالملك حق أن يعتق ان شاء ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهى عنه وان كان لو فعله نفذ حكمه وبهذا عرف الجواب عن كون الطلاق ليس من حقوقه أيضا ولهذا صرحوا بأنه لو طلقها ثلاثا فى الموقوف لا تحرم اذ هو محظور فى الجملة نهر (قوله فيكون مظاهرا منهن) لانه أضاف الظهار اليهن فصار كما اذا أضاف اليهن الطلاق درر ولو كرر الظهار من واحدة فى مجلس أو مجالس تكررت الكفارة عليه الا اذا نوى التأكيد بالثانى فيصدق قضاء كذا اطلقه فى النهر والحموى لكن قيده فى الشرنبلالية بما اذا قال ذلك فى مجلس لا مجالس ثم ظهر لى ان ما فى الشرنبلالية ومتن التنوير من تقييد المسئلة بما اذا كان بمجلس هو المعتمد كما فى الدر وحينئذ فما فى النهر مما يقتضى تصديقه مطلقا ولو فى مجلس خلاف المعتمد والله أعلم (قوله وكفر لكل) قيد بالظهار لانه لو آلى منهن كان عليه كفارة واحدة والفرق انها فى الظهار رفع الحرمة وهى متعددة بتعددهن وفى الايلاء لهتك حرمة اسم الله تعالى وهو الواحد ولو علقه بنكاحها بأن قال ان تزوجتك فأنت على كظهر أمى مائة مرة كان عليه بكل مرة كفارة نهر عن التتارخانية (قوله وقال مالك يكفيه كفارة واحدة) اذا ظاهر منهن بكلمة واحدة كما لو قال لهن والله لا اقربكن ثم قربهن لم يلزمه الا كفارة واحدة ولنا ان الكفارة لانهاء الحرمة وهى تثبت فى حق كل واحدة منهن فتتعدد الكفارة بتعددها بخلاف الايلاء لان الكفارة تجب فيه لهتك حرمة اسم الله تعالى زيلعي ومنه تعلم ما فى كلام الشارح وقد يجاب عن الشارح بأنه انما ترك التقييد اتكالا على ما استفيد من قول المصنف أنتن على كظهر أمى

*(فصل) فى الكفارة (قوله وهى أى الكفارة الخ) أى شرعا وفى اللغة من كفر الله عنه الذنب محاه والمراد بها هنا التكفير نهر (قوله تحرير رقبة) أى قبل الوطء قال فى الهداية كفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب كل ذلك قبل المسيس وهذا فى الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا فى الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا انتهى والرقبة فى الاصل مؤخر العنق سمى بها المملوك تسمية للكل باسم الجزء واطلاق الرقبة يشير الى انه يكفيه اعتاق المظاهر منها الا أنه قول أبى يوسف وعندهما لا يجوز نص عليه فى البحر ولفظه لا بد أن تكون الرقبة غير المرأة المظاهر منها لما فى الظهيرية والتتارخانية أمة تحت رجل ظاهر منها ثم اشتراها فأعتقها عن ظهاره قبل لم يجز عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف انتهى (قوله مطلقا سواء كانت كافرة الخ) وكذا لا فرق بين الصحيحة والمريضة الا اذا كان مرضا لا يرجى برؤه واذا أعتق المرهون أو المديون عنها جاز أيضا وكذا المغصوب اذا وصل اليه كما فى المحيط والآبق اذا علمت حياته ومباح الدم الا فى رواية عن محمد لا يجوز ولو عفى عنه أما العبد الحربى فى دار الحرب فلا يجوز كما فى الفتح هذا اذا لم يخل سبيله فان خلى سبيله اختلفوا فيه نهر عن التتارخانية (قوله أو صغيرة) ولو مرضعا نهر (قوله أو كبيرة) ولو شيخا فانيا

(ولا ظهار الا من زوجته) حتى لو ظاهر من أمته او مدبرته او ام ولده لم يكن مظاهرا خلافا لمالك (فلو نكح امرأة بلا امرها فظاهر منها فاجازته) أى النكاح (بطل) الظهار (أنتن على) أى قول الرجل لزوجاته أنتن على (كظهر أمى فيكون مظاهرا منهن) (وكفر لكل) واحدة منهن وقال مالك تكفيه كفارة واحدة

(فصل) فى الكفارة (وهى) أى الكفارة (تحرير رقبة) مطلقا سواء كانت كافرة أو مسلمة أو ذكرا أو أنثى أو صغيرة أو كبيرة

نهر (قوله وسواء كان مقطوع الاذنين الخ) وكذا يجوز العنين والرتقاء والقرناء والعمشاء والبرصاء والرمداء والخنثى وذاهب الحاجبين وشعر اللحية والرأس ومقطوع الانف والشفتين اذا كان يقدر على الاكل بخلاف ساقط الاسنان لانه لا يقدر على المضغ بحر (قوله أو الرجل أو اليد) قيد به للاحتراز عن مقطوع اليدين او الرجلين كما سيأتى التصريح به فى المتن (قوله أو الخصى أو المجبوب) لو قال او خصيا أو مجبوبا أو أعور أو أصم أو مرتدا أو مرتدة لكان أنسب حموى لتناسق المعطوفات من حيث التنكير (قوله او الاصم) الا اذا كان لا يسمع شيئا على المختار لانه بمنزلة الاعمى نهر (قوله او المرتدة) بلا خلاف بخلاف المرتد عند البعض لانه مستحق القتل عينى (قوله وقال الشافعى لا تجوز الكافرة) كما فى قتل الخطأ وبه قال مالك وأحمد لان الكفارة حق الله تعالى فلا تصرف الى عدو الله قلنا ان المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكين من الطاعة ثم مقارنته المعصية يحال به الى سوء اختياره هداية ولان الاصل أن يعمل بمقتضى كل نص اطلاقا وتقييدا عينى وكونه عدو الله تعالى لا يمنع من الاحسان اليه لقوله تعالى لا ينهاكم الله الآية زيلعى (قوله وقال زفر الخ) وكذا الخصى والمجبوب لانهم هالكون من وجه لفوات منفعة الجمال والايلاد ولنا ان هاتين المنفعتين زائدتان ولا تصير الذات لفواتهما كالهالك كما لا تصير بفوات اللحية والحاجب (قوله وفى رواية النوادر لا يجوز الاصم) يعنى وان لم يكن أصليا بدليل قول الشارح وقيل لا يجوز الاصم الاصلى وجزم فى البحر بأنه اذا كان بحيث لو صيح عليه يسمع يجزئ لانه بمنزلة العور (قوله واعتاق الاخرس لا يجوز) يعنى عن كفارة الظهار لا مطلقا حموى (قوله وعند بعض المشايخ لا يجوز اعتاق المرتد عنها) لانه بالردة صار حربيا وصرف الكفارة اليه لا يجوز كذا فى المحيط نهر والمذهب الاطلاق شيخنا واعلم ان التعليل بأنه بالردة صار حربيا وصرف الكفارة اليه لا يجوز يقتضى عدم الفرق بين المرتد والمرتدة وهو خلاف ما سبق عن العينى حيث علل المنع باستحقاق القتل وفرع عليه ان المرتدة تجوز بلا خلاف يعنى لانها لا تقتل بل تحبس (قوله أى ابهامى اليدين) قيد بذلك لان مقطوع احدى الرجلين واليدين من خلاف جائز نهر والاصل ان فوات جنس المنفعة يمنع الجواز والاختلال لا يمنع لان بقاء الانسان معنى يكون ببقاء منافعه وبفوات جنس المنفعة يكون هالكا معنى زيلعى وقيد بابهامى اليدين لان مقطوع ابهامى الرجلين لا يمنع الجواز حموى عن الجوهرة (قوله من جانب واحد) لفوات جنس المنفعة بخلاف ما اذا كان من خلاف (قوله اشارة الى انه اذا كان غيرهما يجوز الا اذا كان المقطوع أكثرها وهو ثلاث (قوله والمجنون الذى لا يعقل) أى لا يفيق لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل (قوله والذى يجن ويفيق يجزئه) اذا اعتقه حال افاقته نهر (قوله والمدبر وأم الولد) لاستحقاقهما الحرية من وجه بجهة أخرى فكان الرق فيهما ناقصا وقوله تعالى فتحرير رقبة يقتضى الكمال ويقتضى انشاء من كل وجه واعتاقهما تعجيل لما صار مستحقا لهما فلا يكون انشاء من كل وجه زيلعى (قوله والمكاتب الذى أدى شيئا) ولم يجز نفسه وهى حيلة الجواز بعد ادائه شيئا در وفى الاختيار لو ابرأه عن الكتابة أو وهبه عتق فلو قال لا اقبل صح عتقه ولم يبرأ من مال الكتابة نهر قال الشيخ شاهين يؤخذ منه ان المرأة المعلق طلاقها على براءتها من ربع دينار مثلا لو أبرأت زوجها من ذلك ورد الابراء وقع الطلاق وان رد الربع من الدينار المبرئ منه ولا يرتفع الطلاق بعد وقوعه لان المعلق عليه الطلاق حقيقة الابراء وقد وجد (قوله وروى الحسن الخ) لان رقه لم ينتقص بما أدى فكان باقيا من كل وجه ولكن هذا خلاف المشهور من الرواية نهر معللا بأنه عتق ببدل (قوله فان لم يؤد شيئا الخ) اما فى المكاتب الذى لم يؤد شيئا فلما ذكرنا ان الرق فيه كامل فكان تحريرا من كل وجه وأما فى شراء القريب فلمقارنة النية علة العتق وأما فى الثالثة فلانه اعتق رقبة كاملة بكلامين لحصول المقصود زيلعى (قوله ناويا بالشراء الكفارة) حال من الفاعل حموى ولو تأخرت النية عنه لم يجز وفى الخانية وكله بأن يشترى أباه ليعتقه بعد شهر عن ظهاره فاشتراه عتق كما اشتراه

وسواء كان مقطوع الاذنين أو الرجل
أو اليد أو الخصى أو المجبوب أو الاعور
أو الاصم أو المرتد أو المرتدة وكذا
الحكم فى سائر الكفارات غير ان فى
كفارة القتل لا تجوز الكافرة بالنص
وقال الشافعى لا تجوز الكافرة
وقال زفر لا يجوز تحرير مقطوع
الاذنين وفى رواية النوادر لا يجوز
الاصم وقيل لا يجوز الاصم الاصلى
اذ لابد أن يكون أخرس واعتاق
الاخرس لا يجوز وعند بعض
المشايخ لا يجوز اعتاق المرتد عنها
(ولم يجز) تحرير المملوك (الاعمى
ومقطوع اليدين او ابهاميهما) أى
ابهامى اليدين (أو الرجلين) أو اليد
والرجل من جانب واحد وتخصيص
الابهامين اشارة الى انه اذا كان غيرهما
يجوز (والمجنون) الذى لا يعقل
والذى يجن ويفيق يجزئه (والمدبر)
وقال الشافعى يجوز تحرير المدبر
(وأم الولد والمكاتب الذى أدى
شيئا) من بدل الكتابة وروى الحسن
عن أبى حنيفة أن يجوز تحريره عنها
(فان لم يؤد شيئا أو اشترى قريبه)
الذى يعتق عليه بالشراء وهو ذو رحم
محرم (ناويا بالشراء الكفارة) مطلقا
سواء كانت الكفارة ظهارا أو يمينا

عن ظهارالآخر انتهى يعني ويلغو قوله بعد شهر لان فيه تغيير المشروع نهر (قوله أو حرر نصف عبده الخ) لانه اعتقه بكلامين والنقصان في النصف حصل على ملكه بسبب الاعتاق للكفارة ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للاضحية فأصاب السكين عينها زيلعي (قوله وقال زفر لا يصح في الاولى) لانه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر وأم الولد ولنا ان الواجب تحرير الرقبة وهو تصيير شخص مرقوق حرا وقد وجد ولم يمكن نقصان في رقه بالكتابة لان عتقه معلق بشرط الاداء والمعلق به عدم قبل وجوده زيلعي (قوله وقال الشافعي لا يصح في الاولى والثانية) اما عدم الصحة في الاولى فلما سبق في توجيه مذهب زفر وقد عرف جوابه وأما عدم الصحة في الثانية فلان علة العتق القرابة والشراء شرطه فالخلاف في الجواز وعدمه يبتني على الخلاف في ان علة العتق هل هي الشراء او القرابة وتحقيق الكلام على هذه المسئلة في الزيلعي بقي ان الظاهر من كلام الشارح انه لا خلاف لزفر في الثانية وهو مخالف لما في العيني (قوله اشارة الى انه لو ورثه الخ) فيه ايماء الى ان التقييد بالشراء لا للاحتراز عن غيره كالهبة والصدقة والوصية بل للاحتراز عن الارث فقط حتى لو وهب له أو تصدق به عليه أو أوصى له به وهو ينوي به عن الكفارة أجزأه كالشراء لان الملك بهذه الاسباب يحصل بصنعه وهو القبول بخلاف ما اذا ورثه وهو ينوي به عن الكفارة حيث لا يجزئه لان الميراث يدخل في ملكه من غير صنعه زيلعي وعن هذا قال في الشرنبلالية لو أبدل الشراء بالتملك لكان أولى (قوله وضمن باقيه) قيد بالضمان لانه لو لم يضمن بأن كان معسرا لا يصح تحرير نصف عبد مشترك عن الكفارة اتفاقا حموي عن المفتاح ووجهه كما سيأتي انه اذا كان معسرا يسعى العبد فيكون عتقا بعوض (قوله ثم حرر باقيه) عطف على نصف بحسب المعنى اذ المعنى اذا أعتق نصف عبد مشترك ثم أعتق باقيه وكان مقتضى الظاهر أن يقول وعبدا مشتركا أعتق نصفه ثم باقيه بعد ضمانه حموي عن البرجندي (قوله في الصورتين) أي في صورة ما اذا كان العبد مشتركا فحرر نصفه وضمن باقيه وفي صورة ما اذا كان العبد له فحرر نصفه ثم وطئ التي ظاهر منها ثم حرر باقيه واعلم ان قول الشارح في الصورتين يشير الى ما ذكره في النهر من ان قوله ثم حرر باقيه قيد في المسئلتين قال وبه اندفع ما في البحر من أن المراد بضمان القيمة في الاولى اعتاق النصف الآخر بعد التضمين والا فمجرد الضمان لا يكفي لوضع المسئلة انتهى (قوله وعندهما يجوز) لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فبعتق جزء منه عتق كله فصار معتقا كل العبد وهو ملكه الا أن المعتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه فيكون عتقا بغير عوض فيجزئه وان كان معسرا يسعى العبد فيكون عتقا بعوض فلا يجزئه عن الكفارة وله ان النقصان تمكن في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه وهذا النقصان حصل في ملك الشريك فيه ثم انتقل بالضمان ناقصا فلا يجزئه عن الكفارة بخلاف ما اذا أعتق نصف عبده ثم باقيه لان ذلك النقصان لذهاب البعض بسبب العتق فجعل من الاداء ولا يمكن ذلك هنا لانه لا اداء قبل الملك فوضح الفرق ولما اذا أعتق النصف ثم جامعها ثم أعتق الباقي فلان المأمور به العتق قبل المسيس فلم يوجد لان النصف وقع بعد المسيس وعندهما يجزئه لعدم تجزئ العتق عندهما كما سبق فاعتاق النصف اعتاق للكل فكان اعتاق الرقبة قبل المسيس زيلعي (قوله فان لم يجد) عطف على محذوف والتقدير وهي تحرير رقبة ان وجدها فان لم يجدها الخ وقوله في المفتاح انه عطف على قوله وهي تحرير رقبة فيه نظر حموي وقوله فان لم يجد بأن لم تكن في ملكه أو لم يقدر على ثمنها وقت الاداء ولو كانت في ملكه لكنه يحتاج اليها لزمه العتق كما في التتارخانية قال في الخزانة بخلاف المسكن وعلى هذا ما في الحدادي لو كان له عبد للخدمة لا يجوز له الصوم الا ان يكون زمنا انتهى يعني العبد هذا هو الموافق لكلامهم ويحتمل أن يرجع الضمير الى المولى لكنه يحتاج الى نقل نهر قال الحموي ولو قيل بجواز الصوم اذا كان المولى زمنا لا يجد من يخدمه اذا أعتقه لكان له وجه وجيه انتهى وأما اذا كان له مال لكن عليه دين مثله فان أدى الدين أجزأه الصوم وان لم يؤده فقيل يجزئه وقيل لا بل يشتري رقبة ويعتقها قال وعن محمد ما يدل على القولين نهر

(أو حرر نصف عبده عن كفارة ثم حرر باقيه عنها) قبل الوطء بها (صح) وقال زفر لا يصح في الاولى وقال الشافعي لا يصح في الاولى والثانية أيضا والتقييد بالشراء اشارة الى انه لو ورثه ناويا بالارث الكفارة لم يكفه عنها (وان حرر نصف عبد مشترك) عنها (وضمن باقيه) بان كان موسرا (أو حرر نصف عبده ثم وطئ التي ظاهر منها ثم حرر باقيه) عنها في الصورتين (لا) يجوز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز (فان لم يجد) أي ان لم يستطع (ما يعتق صام شهرين متتابعين ليس فيهما

عن المحيط وقوله وعن محمد ما يدل على القولين اذ روى عنه انه خص الصوم بما بعد قضاء الدين فهذا يدل على عدم جواز الصوم قبل قضاء الدين وروى عنه انه علل بأنه يحل له الصدقة وهذا اشارة الى ان ماله الملحق بالعدم حكما كذا بخط صاحب النهر ولو له مال غائب ينتظره ولو عليه كفارتان وفي ملكه رقبة فصام عن أحدهما ثم أعتق عن الاخرى لم يجز وبعكسه جاز در (قوله رمضان) غير منصرف للعلمية والالف والنون الزائدتين حموى (قوله حتى لو دخل في صومه يوم النحر الخ) وجه لزوم الاستقبال انه في سعة من صومهما خاليين عن هذه الايام بخلاف ما لو افطرت للحيض في كفارة القتل او الفطر في رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض لانها لا تجد شهرين ليس فيهما ايام حيض عادة وعن هذا روى عن محمد أيضا لو أيست بعدما حاضت استقبلت كما في المحيط وقالوا ان النفاس يقطع التتابع ولو لم تصل القضاء بعد الحيض استقبلت نهر عن البدائع وكذا تستقبل لو حاضت في خلال صوم كفارة اليمين لان مدة كفارة اليمين قليلة فيمكنها أن تصوم مرتبا من غير حرج عيني (قوله ثم افطر) ولو لعذر (قوله لزمه الاستقبال) لانه اذا صام بغير الاهلة لا يجزئه الا الكامل بخلاف ما اذا صام شهرين بالاهلة حيث يجزئه وان كانا ناقصين (قوله ويكون صومه تطوعا) ولا قضاء لو أفطر وان صار نفلا در (قوله ناسيا) قيد بالنسيان لانه لو جامعها نهارا عامدا استأنف اتفاقا ولم يعف عن وطء الناسي كما عفي عنه في الصوم لانه فيه على خلاف القياس بالحديث وبهذا عرف ان قوله ناسيا ليس قيدا فيهما نهر وهو مستفاد من كلام الشارح (قوله استأنف الصوم) أي اتفاقا لخلاف أبي يوسف انما هو في المسئلة الاولى فقط ووجه لزوم الاستئناف ما ذكره الزيلعي من انه بالافطار فات الترتيب المنصوص عليه وبالوطء قبل التكفير يفوت تقديم الكفارة وقال أبو يوسف لا يستأنف الا بالافطار لان الوطء المذكور لا يفسد به الصوم كما لو جامع غيرها بهذه الصفة فكان الترتيب باقيا على حاله ولان في الاستئناف تأخير الكل عن المسيس وفي المضي تأخير البعض فكان أولى ولهذا لو جامعها في خلال الاطعام لا يستأنف ولهما ان النص يقتضي تقديم الصوم على الوطء وان يكون الصوم خاليا عن الوطء فاذا فات التقديم وسقط لتعذره وجب ان يأتي بالآخر وهو الاخلاء لان العجز عن أحدهما لا يوجب سقوطهما بخلاف الاطعام لانه غير مقيد بالتقديم زيلعي وجه تعذر التقديم انه بتقدم وطئه في خلال الصوم تعذر به أن يكون الصوم مقدما على المسيس دون اخلائه عنه شيخنا قيد بكفارة الظهار لانه في كفارة القتل لو وطئ ناسيا لا يستأنف لان المنع من الوطء فيها لمعنى يختص بالصوم نهر عن الجوهرة (قوله ولم يجز للعبد الخ) لانه لا مال له عيني وليس للمولى منعه لتعلق حق المرأة به بخلاف سائر الكفارات وتمامه ينتصف لما فيهما من معنى العبادة والمحجور عليه بالسفه بناء على قولهما يكفر بالصوم على الراجح لا بالمال فلو أعتق عبده في كفارة الظهار سعى في قيمته ولم يجزئ عن تكفيره نهر عن بحر الوصاية (قوله في كفارة الظهار) ليس قيدا احترازيا (قوله وان أطعم أو أعتق عنه سيده) ولو بأمره لم يجز لانهما يعتمدان الملك ولا أهلية فيه له الا في الاحصار فان اطعام المولى عنه جائز جزم به في جنايات الفتح لانه وجب ابتلية ابتلي العبد بها باذن المولى وفي البدائع عن مختصر الكرخي لا يلزم المولى ذلك لان لزومه لحق العبد ولا يجب للعبد على مولاه حق فاذا اعتق وجب عليه بحر ونهر واعلم ان ما في البدائع لا ينافي ما في الفتح اذ عدم اللزوم صادق بالجواز بل هو ظاهر فيه (قوله أي اطعم كل مسكين نصف صاع) يشير الى ما ذكره في النهر من انه لا يجوز في سائر الكفارات ان يعطي الواحد اقل من نصف صاع وفي الفطرة خلاف وقدمنا ان الجواز جزم به غير واحد وانه صحيح وعليه فالفرق ان العدد منصوص عليه في الكفارة بخلاف غيرها (قوله من بر أو دقيقه الخ) ولو دفع البعض من الحنطة والبعض من الشعير جاز نهر (قوله أو قيمته) من غير ما نص عليه حتى لو دفع نصف صاع تمر تبلغ قيمته نصف صاع بر او صاعا عن البر أو أقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز لان العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه وعليه أن يتم للذين أعطاهم ما قدر من ذلك الجنس فان لم يجدهم استأنف فتح

رمضان وايام منهية) حتى لو دخل في صومه يوم النحر والفطر وايام التشريق ورمضان فعليه استقبال الصوم وان صام شهرين بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما ولو صام بغير الاهلة ثم افطر لتمام تسعة وخمسين يوما لزمه الاستقبال ولو صام شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق قبل غروب الشمس في آخر ذلك اليوم يجب عليه العتق ويكون صومه تطوعا (فان وطئها فيهما) أي في الشهرين (ليلا) مطلقا عامدا كان أو ناسيا (أو نهارا ناسيا) استأنف عندهما وعند أبي يوسف لا يستأنف (أو أفطر) يوما مطلقا سواء كان بعذر أو بغير عذر (استأنف الصوم) فان وطئ نهارا عامدا من ظاهر منها او من سواها فانه يستأنف الصوم اتفاقا وان وطئ في الليل من سواها مطلقا أو في النهار ناسيا أو أكل ناسيا لم يضره (ولم يجز للعبد في كفارة الظهار (الا الصوم وان) أطعم أو أعتق) نائبا عنه (سيده فان لم يستطع) المظاهر الحر (الصوم أطعم ستين فقيرا كالفطرة) أي أطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو دقيقه أو سويقه أو زبيب أو صاعا من تمر أو شعير (أو قيمته)

(قوله

(قوله أى افتدى قيمته) أشار به الى انه على حذ علفتها تبنا وماء باردا الا ان ذلك مخصوص بالعطف بالوا وحموى وهنا العطف بأو اللهم الا أن يقال أو بمعنى الواو وفيه ان افتدى لا يتعدى بنفسه فلوذكر دفع بدل افتدى لكان أولى ومراد الشارح تقدير فعل ناصب لقوله قيمته اذ لا يصح أن يكون ناصبه الفعل المذكور فى المتن اعنى اطعم الا ان يؤول أطعم بأعطى فلا حاجة حينئذ الى تقدير ناصب (قوله فلو أمر غيره الخ) قيد بالامر لانه لو أطعم عنه بلا أمر لم يجز وتكفير الوارث بالاطعام جائز وفى كفارة اليمين بالكسوة أيضا بخلاف الاعتاق ولهذا امتنع تبرعه فى كفارة القتل نهر عن المحيط (قوله من ظهاره) اشار العينى بقوله أى لاجل ظهاره الى ان من للتعليل (قوله ففعل صح) لانه طلب منه التمليك معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه زيلعى (قوله ولا يجوز للمأمور أن يرجع) الا اذا قال على أن ترجع على واجمعوا انه فى الدين يرجع بمجرد الامر وفرق بأنه لو رجع بمجرد الامر لرجع بأكثر مما أسقط عن ذمة الآمر بدليل ان الوجوب كان من أحكام الآخرة وثبوت الرجوع يقتضى وجوبه فى الدنيا والآخرة أما الدين فحق مضمون فى الدنيا والآخرة نهر عن المبسوط قال ومقتضاه انه لا يرجع ولو شرطه وقد علمت انه يرجع انتهى وكذا يرجع بمجرد الامر بالبناء نص عليه فى الدرر من كتاب الهبة ولفظه مجرد الامر ببناء داره يوجب الرجوع على الآمر وكذا أمر الاسير بفدائه يوجب الرجوع عليه انتهى عن الخانية (قوله فى ظاهر الرواية) لانه يحتمل القرض ويحتمل الهبة فلا يرجع بالشك شيخنا عن شرح الجامع الصغير لقاضيخان (قوله وعن أبى يوسف انه يرجع) لانه وان احتمل الهبة الا ان القرض أدناهما ضررا فحمل عليه شيخنا عن قاضيخان (قوله ففعل لا يسقط عن الآمر عندهما) خلافا لابى يوسف وان أعتق عنه بغير أمره لم يجز اتفاقا لوقوعه عن المعتق بجريان الولاء لجهته قال ولو جعل سماه جاز اتفاقا قال شيخنا كانه قال بعه منى بكذا ثم كن وكيلا عنى باعتاقه عن كفارتى انتهى ووجه الفرق على قولهما اذا كان العتق بأمره ولم يسم جعلا ان التمليك بغير بدل هبة ولا جواز لها بدون القبض ولم يوجد القبض فى الاعتاق ووجد فى الاطعام والكسوة فى كفارة اليمين كالاطعام (قوله وتصح الاباحة فى الكفارات) وهى كفارة الظهار وكفارة الصوم وكفارة اليمين وكفارة القتل عينى وليس المراد بالقتل قتل النفس كما فهمه فى النهر فقال وقول العينى والقتل سهو بل المراد قتل الصيد لان كفارة قتل النفس لا اطعام فيها شيخنا (قوله كالزكاة وصدقة الفطر الخ) والحلق عن الاذى حموى عن المفتاح (قوله وقال الشافعى يشترط التمليك فى الكفارات أيضا) لانه أدفع للحاجة والاطعام يذكر للتمليك عرفا يقال أطعمتك هذا الطعام أى ملكتك فيحمل عليه أو هو مراد بالاجماع فانتفى الآخر أن يكون مرادا لان فيه الجمع بين الحقيقة والمجاز أو العموم فى المشترك وكل ذلك لا يجوز ولانها صدقة واجبة فيكون من شرطها التمليك كالزكاة وصدقة الفطر والكسوة فى كفارة اليمين ولنا ان المنصوص عليه فى الكفارة والفدية الاطعام وهو حقيقة فى التمكين لانه عبارة عن جعل الغير طاعما وذلك بالاباحة وانما جاز التمليك بدلالة النص والعمل بها لا يمنع بالحقيقة الا ترى ان ضرب الوالدين وشتمهما يحرم بدلالة النص فى قوله تعالى ولا تقل لهما أف مع بقاء الاصل مرادا وهو التأفيف بخلاف المستشهد به لان المنصوص عليه فيها الايتاء والاداء والكسوة وهى تقتضى التمليك زيلعى (قوله مشبعان) صفة كل على الانفراد عينى اذ لو كان صفة للمعطوف والمعطوف عليه لقال مشبعات لانه حينئذ توجد المطابقة شيخ شاهين (قوله أو غداء وعشاء) لان المعتبر دفع حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء عادة ويقوم قدرهما مقامهما فكان المعتبر أكلتين والسحور كالغداء زيلعى وفى المصباح الاكل معروف والاكل بضمتين واسكان الثانى للتخفيف المأكول والاكلة بالفتح المرة وبالضم اللقمة والسحور بفتح السين ما يؤكل فى السحر قبل الصبح وبالضم الاكل بحر (قوله والغداء طعام الغداة) الغداء بالمد وكذا العشاء بالفتح والمد بحر عن المصباح (قوله وفى المجرد عن أبى حنيفة الخ) الا أن يعيد على أحد الستين غداء أو عشاء زيلعى وكذا يشترط اتحادهم فى الغداءين أو العشاءين

اى افتدى قيمته وقال الشافعى
لايجوز دفع القيمة كما فى الزكاة
والعشور والنذور والكفارات
(فلو أمر غيره ان يطعم) ثانيا (عنه
من ظهاره ففعل صح) عن كفارته
ولايجوز للمأمور ان يرجع على
الآمر فى ظاهر الرواية وعن ابى
يوسف انه يرجع وانما قيد بقوله ان
يطعم عنه لانه لو قال لغيره اعتق عبدك
عن ظهارى ففعل لا يسقط عن الآمر
كذا فى الجامع الصغير الخانى (وتصح
الاباحة فى الكفارات) ككفارة
الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد
(والفدية) فى حق الشيخ الفانى وهى
اسم لما يفدى (دون الصدقات) فانه
كالزكاة وصدقة الفطر (والعشر) والضابط ان
ما شرع بلفظ الاطعام والطعام تجوز فيه
الاباحة وما شرع بلفظ الايتاء والاداء يشترط
فيه التمليك وقال الشافعى يشترط
التمليك فى الكفارات ايضا (والشرط
فى طعام الاباحة (غداآن أو عشاآن
مشبعان) او غداء وعشاء) والغداء
طعام الغداة كما ان العشاء طعام العشى
وفى المجرد عن ابى حنيفة اذا غدى
ستين وعشى آخرين لايجوز ذكره فى
المحيط

شرنبلالية عن الفتح وفي البدائع اوصى بأن يطعم عنه فغدى الوصي العدد المنصوص عليه ثم ماتوا قبل العشاء استأنف انتهى ولو غابوا انتظرهم فان لم يجدهم استأنف أيضا وهل يجب الانتظار على الوصي لم أر المسئلة في كلامهم وينبغي القول بالوجوب في حقه دون غيره الى أن يغلب على ظنه عدم وجودهم فيستأنف نهر (قوله ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لايجوز) قدمنا عن البدائع انه مالم يكن مراهقا لايجوز وكذا لايجوز لو كان شبعان وانه لا يعتبر في الاباحة كونه نصف صاع بخلاف التمليك ولو جمع بينهما بأن غدى واحدا واعطاه مدا ففيه روايتان وجزم في البدائع بالجواز وكذا لو غدى ثلاثة واعطاهم قيمة العشاء او عكسه وفي الينابيع لو اطعم مائة وعشرين مسكينا أكلة واحدة مشبعة لم يجزئ الا عن نصف الاطعام نهر (قوله ولابد من الادام في خبز الشعير) وكذا الذرة بناء على القول باجزائهما فيه واليه مال الكرخي وجزم به الزيلعي وغيره نهر (قوله خلافا للشافعي) لان التفريق على الستين واجب بالنص ولنا ان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد بتجدد الايام فكان في اليوم الثاني كمسكين آخر عيني والخلة بالفتح الفقر والحاجة بحر عن المصباح (قوله لايجوز) وذكر في المحيط هو الصحيح الا عن يومه فقط لانعدام حاجته في ذلك اليوم فان قلت لو كسا مسكينا واحدا عشرة أثواب في عشرة ايام جاز مع انتفاء حاجته له في اليوم الثاني قلت تجدد الحاجة اليه يختلف باختلاف أحوال الناس ولا يمكن تعليق الحكم فيه بعين الحاجة فأقيم مضي الزمن مقامها الانها به تتجدد وأدنى ذلك يوم ومادونه ساعات لايمكن ضبطها نهر (قوله وقيل يجوز) لان له حوائج كثيرة غير الاكل فلعله يصرفه الى غير الاكل حموي (قوله ولا يستأنف بوطئها في خلال الاطعام) لان النص في الاطعام مطلق غير مقيد بما قبل المسيس فيجري على اطلاقه ولايجوز حمله على النص المقيد في الاعتاق والصوم بالقياس ولا بخبر الواحد وهو قوله عليه السلام للذي واقع امرأته قبل التكفير استغفر الله ولا تعد حتى تكفر لان التقييد نسخ فلايجوز بمثله وانما منع من الوطء قبله أي قبل الاطعام لجواز أن يقدر على التحرير أو الصيام فيقعان بعده والنهي لغيره لا يعدم المشروعية زيلعي وفيه نظر فان القدرة حال قيام العجز بالفقر والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله أمر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا تثبت الاحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب نهر وهذه المناقشة بالنسبة لما استفيد من قول الزيلعي وانما منع من الوطء الخ اذ تعبيره بالمنع يقتضي حرمة الوطء وهو بحث مخالف للمنقول ويؤيد ماذكره الزيلعي ماسبق عن الهداية لتصريحه بأنه لابد من تقديم الاطعام ليكون الوطء حلالا ومثله في العيني واعلم ان الوطء قبل الاطعام أو في خلاله وان كان حراما لكن لا ينافي عدم لزوم استئناف الاطعام سواء قلنا بلزوم تقديم الاطعام أو باستحبابه (قوله وعند محمد يجوز عنهما) رجحه الاتقاني لان في المؤدى وفاء بهما والفقير مصرف لهما فصار كما لو ملكه بدفعتين أو اختلف جنس الكفارة لهما انه زاد في قدر الواجب ونقص عن المحل فلايجوز الا بقدر المحل والفقه فيه ان النية في الجنس الواحد لغو لانها شرعت لتميز الاجناس المختلفة لاختلاف الاغراض فيها فلايحتاج اليه في الجنس الواحد لعدم الفائدة والتصرف اذا لم يصادف محله يلغو فاذا الغت نية العدد بقيت نية مطلق الظهار والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان التقدير بنصف الصاع لمنع النقصان فلايمنع الزيادة فصار كما اذا نوى أصل الكفارة ولم يزد عليه بخلاف ما اذا فرق الدفع اوكانا جنسين لما بينا زيلعي وقوله بخلاف ما اذا فرق الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر فتحصل ان الخلاف مقيد بما اذا كان بدفعة واحدة (قوله وكذا في كفارة اليمين) يعني على الخلاف فعندهما عن يمين واحدة وعنده عن اليمينين حموي (قوله عن كفارة افطار وظهار) صح لاختلاف الجنسين نهر (قوله لكل مسكين صاعا) بنصب صاعا على انه مفعول اطعم (قوله ومثله الصيام والاطعام) لان الجنس متحد فلاحاجة الى نية التعيين على مامر زيلعي ولو كان عليه كفارات مختلفة الاجناس اعتق عنها عبيدا الا تجزئه عن كفارة ولو نوى بكل واحدة كونها عن واحدة لا بعينها جاز اجماعا ولا تضر جهالة المكفر عنه نهر عن المحيط (قوله وعن ظهار وقتل لايجوز) لان نية التعيين في الجنس المتحد

ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لايجوز لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير وفي خبز البر لا يشترط (وان اعطى) طعاما (فقيرا) واحدا (شهرين صح) عندنا خلافا للشافعي (ولو) اعطى مسكينا واحدا (في يوم) واحد ستين مرة مطلقا سواء كان بدفعة او دفعات (لا) يجوز (الا عن يومه) وهذا في الاباحة بلا خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لايجوز وذكر في المحيط هو الصحيح وقيل يجوز (ولا يستأنف بوطئها) أي بوطء المظاهر منها (في خلال الاطعام ولو أطعم عن ظهارين) سواء كانا في امرأة أو امرأتين (ستين فقيرا كل فقير صاعا) من بر (صح عن واحد من الظهارين عندهما وعند محمد يجوز عنهما وكذا في كفارة اليمين (و) لو اطعم ستين مسكينا (عن) كفارة (افطار وظهار) لكل مسكين صاعا من بر (او حرر عبدين عن ظهارين ولم يعين) في الصورتين (صح عنهما) (ومثله الصيام والاطعام) يعني لو صام أربعة أشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا عن ظهارين ولم يعين عن احدهما صح عنهما (وان حرر عنهما رقبة او صام شهرين صح عن واحد) منهما حتى كان له أن يجعل عن أيهما شاء (و) ان حرر (عن ظهار وقتل لا) يجوز عن احدهما

لغو

لغو وفي المختلف مفيد فاذالغت بقي مطلق النية فله أن يعين أيهما شاء كما لو أطلقه في الابتداء توضيحه انه لو نوى قضاء يومين من رمضان يجزئه عن يوم واحد ولو نوى عن القضاء والنذر أو عن القضاء والكفارة لا يجزئه عن واحد منهما درر وقوله توضيحه انه لو نوى قضاء يومين الخ يعني فيما اذا صام يوما شيخنا عن عزمي زاده والمسئلة مقيدة بما اذا كانت الرقبة مؤمنة فلو كانت كافرة كانت عن الظهار استحسانا وان اختلف الجنس لعدم صلاحيتها للثانية نهر (قوله وقال زفر لا يجوز عن أحدهما في الفصلين) لعل صوابه يجوز باسقاط لا حموي وهو غير مسلم الا ترى الى قول الزيلعي لزفر انه اعتق عن كل واحدة منهما نصف العبد فلغا ولا قدرة له بعد ذلك أن يجعله عن احداهما لخروج الامر من يده والقياس ماقاله زفر وجه الاستحسان أن نية التعيين في الجنس المتحد لغو وفي المختلف مفيد الخ فاثبات لا متعين (قوله وقال الشافعي الخ) فتحصل ان عند الشافعي شمول الجواز وعند زفر شمول العدم وعندنا يفصل و يقال ان اتحد الجنس كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اختلف لا يجوز عن واحد منهما كما في النهاية للشافعي ان الكفارات كلها عنده جنس واحد لاتحاد المقصود وهو الستر وجه الاستحسان ان نية التعيين في الجنس المتحد لغو كما سبق وفي المختلف مفيد و يعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعها بل بدلوك الشمس والدلوك في يوم غير الدلوك في يوم آخر بخلاف صوم رمضان لانه معلق بشهود الشهر وهو واحد فلاجل ذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم يوم السبت او الاحد زيلعي (فـــرع) المعتبر في الاعسار واليسار وقت التكفير در

(باب اللعان)

قدم الظهار على اللعان لان سبب الظهار اقرب الى الايلاء من سبب اللعان وهو قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد حموي عن المفتاح (قوله هو مصدر لاعن) سماعا والقياس الملاعنة لكن ذكر غير واحد من النحاة أنه قياسي أيضا نعم تنفرد المفاعلة غالبا بما فاؤه ياء كياسر مياسرة ومن غير الغالب ياومه مياومة ويواما نهر عن ابن سيده وجزم ابن يعيش في شرح المفصل بان الفعال ليس بقياسي فلا يقال جالس جلاسا ولا قاعد قعادا ولا واعد وعادا حموي عن المنبع (قوله الطرد والابعاد) أي عن الخير عزمي (قوله من باب التغليب) عبارة البرجندي وسمي الكل لعانا الشرعية اللعن فيه كالصلاة تسمى سجود الشرعيته فيها او للتغليب حموي وعبارة النهر لقب الباب به لما فيه من لعن الرجل نفسه في الخامسة من تسمية الشئ باسم جزئه ولم يسم بالغضب وان كان موجودا فيه من جانبها لان لعنه أسبق والسبق من أسباب الترجيح اهـ (قوله اولان الغضب يستلزم اللعنة) عطف على المعنى والمقصود ابداء وجه ثان لا طلاق اللعن على الغضب لكن يلزم على هذا التوجيه استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه وقول العلامة الحموي كان الظاهر ان يقال لان اللعنة تستلزم الغضب حتى يلائم آخر كلامه انتهى لان المحدث عنه اطلاق اللعن على الغضب لا العكس (قوله فصح تسميته ملاعنة لذلك) اولا شتماله على اللعن كما سميت الصلاة ركوعا وسجودا وسجدة لوجود ذلك فيها زيلعي (قوله ولهذا قال) علة مقدمة على معلولها والاشارة بهذا الماذكر لا لكون الغضب يستلزم الخ الحموي (قوله هي) أي اللعان والتأنيث فيه باعتبار الخبر او باعتبار التأويل بالملاعنة حموي وهذا بحسب المتن الذي شرح عليه والا ففي نسخة شيخنا بخطه بتذكير الضمير (قوله شهادات) نبه بذلك على انهما لو تلاعنا فلم يفرق القاضي بينهما حتى ماتا وعزل فان الثاني يعيده كما لو شهدا عنده فماتا او عزل قبل القضاء وهذا عند أبي يوسف وقال محمد اللعان أيمان فيبنى نهر عن الجوهرة والامام مع أبي يوسف جوهرة (قوله مؤكدات بالايمان) هذا ركنه وليس من الايمان ما يتعدد من جانب المدعي الا هنا وفي القسامة وشرطه في المتلاعنين ان يكونا زوجين حرين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين كذا

وقال زفر لا يجوز عن أحدهما في الفصلين وقال الشافعي له ان يجعل عن أحدهما في الفصلين

(باب اللعان) هو مصدر لاعن يلاعن ملاعنة ولعانا واصل اللعن الطرد والملاعنة تكون بين اثنين وهنا اللعن في كلام الزوج وحده وفي كلام الزوجة ذكر الغضب ووجهه ان هذا من باب التغليب كالقمرين للشمس والقمر اولان الغضب يستلزم اللعنة فصح تسميته ملاعنة لذلك ولهذا قال (هي شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن) مكتفيا بذكر اللعن تاركا ذكر الغضب

في البدائع زاد في الجوهرة وان يكون النكاح صحيحا وقد أشار اليه المصنف بما سيأتي من قوله فلو قذف زوجته وفي القاذف عدم اقامة البينة على دعواه وفي المقذوف انكاره وسببه قذف الزوجة بما يوجب الحد في الاجنبية وحكمه حرمة الوطء بعد التلاعن نهر ولو قبل التفريق خلافا لظاهر عبارة الدرر لان ظاهر تعليله بقوله لحصول البينونة التامة يوهم ان الوطء قبل التفريق لا يحرم وليس كذلك شرنبلالية وسيأتي بيان اهله في قول المصنف وصلحا شاهدين الخ وبقي من الشروط طلبها اللعان وعفتها وكونهما بدار الاسلام ثم اشتراط طلبها مقيد بان لا يكون القذف بنفي الولد فان كان فالطلب حقه أيضا لاحتياجه الى نفي من ليس هو ولده عنه بحر ونهر واعلم ان الشهادة الاخبار عن مشاهدة وعيان وقد تجري مجرى الحلف فيما يراد به من التأكيد نحو اشهد بالله في موضع اقسم فقوله بالله متعلق بمحذوف وكلمة ان مفتوحة أي اشهد مقسما بالله بأني صادق وجواب القسم محذوف وانما وقعت في القرآن مكسورة لدخول اللام في خبرها او مكسورة على انها جواب القسم ومتعلق اشهد محذوف بقرينة جواب القسم وهذا بناء على ماذهب اليه أصحابنا من ان كلمات اللعان شهادات مؤكدات بالايمان وأما على ماذهب اليه الشافعي من انها ايمان فمعنى قوله اشهد بالله احلف بالله وان مكسورة على انها جواب القسم وليس في الكلام محذوف حموي عن البرجندي (قوله قائمة مقام حد القذف) في حقه لان الاستشهاد بالله تعالى مهلك كالحد بل أشد فقام مقامه ولهذا لو قذفها مرارا كفاه لعان واحد كالحد بخلاف مالو قذف أكثر من واحدة من نسائه بكلمة واحدة او بكلمات حيث يتعدد عليه اللعان ولو كن أجنبيات حد حدا واحدا والفرق ان المقصود وهو دفع العار عن الكل حاصل بواحد وفي الجمع لم يحصل لتعذر الجمع بين كلمات اللعان وجاز ان يكون صادقا في البعض وظاهر اطلاقه يقتضي عدم قبول شهادته ابدا وبه جزم العيني هنا تبعا لما في الاختيار وذكر الزيلعي في القذف انها تقبل نهر (قوله ومقام حد الزنا في حقها) ولهذا لم يصح العفو عنه ولا الابراء والصلح اذ كل من حد القذف والزنا لا يحتمل ذلك والمراد انه قائم مقام حد القذف في حقه ان كان كاذبا ومقام حد الزنا في حقها ان كانت كاذبة نهر عن الفتح (قوله وعند الشافعي أيمان مؤكدات الخ) لقوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين فحملنا المحتمل على المحكم لاسيما اذا تعذر حمله على الحقيقة لان الشهادة لنفسه غير مقبولة بخلاف اليمين وتكرره يدل على أنه يمين أيضا لانها شرعت مكررة كما في القسامة دون اداء الشهادة ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم استثنى أنفسهم عن الشهداء فثبت انهم شهداء لان المستثنى يكون من جنس المستثنى منه ثم نص على شهادتهم فقال فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فنص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ولان الحاجة هنا الى ايجاب الحكم من الطرفين والذي يصلح للايجاب هو الشهادة الا انها اكدت باليمين لانه يشهد لنفسه والتأكيد لا يخرجه من ان يكون شهادة وقوله الشهادة لنفسه غير مقبولة قلنا انما لا تقبل في موضع التهمة وأما اذا انتفت التهمة فمقبولة قال تعالى شهد الله أنه لا اله الا هو فهذه من اصدق الشهادات لانتفاء التهمة والتهمة فيما نحن فيه منتفية باليمين وماقاله الشافعي لا يستقيم لانه يلزم من حمل الشهادة في الآية على اليمين ان يحلف عن غيره فيكون التقدير ولم يكن لهم حالفون الا انفسهم وان يكون موجبا للحكم على غيره بيمينه وفساده لا يخفى لان احدا لا يحلف عن غيره ولا يوجب الحكم بيمينه على غيره وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قذف جماعة من نسائه حيث لا يكفيه لعان واحد وفي اشتراط أهلية الشهادة فعندنا تشترط وعنده تشترط أهلية اليمين وهو ان يكون ممن يملك الطلاق زيلعي ثم عدم الاكتفاء بلعان واحد اذا قذف جماعة من نسائه محله اذا كان أهلا للعان فان لم يكن اكتفى بحد واحد للتداخل بحر عن البدائع (قوله فلو قذف زوجته الخ) أي قذفها بصريح الزنا في دار الاسلام وهي حية عفيفة عن فعل الزنا وتهمته بان لم توطأ حراما ولو مرة بشبهة ولا بنكاح فاسد ولا لها ولد بلا أب ولو في عدة الرجعي تنوير وشرحه ولو رماها بعمل قوم لوط لم يجب

(قائمة) أي الشهادات قائمة (مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها) وعند الشافعي أيمان مؤكدات بلفظ الشهادة فيراد بالشهادة عنده تأكيد اليمين ولا يراد الشهادة (فلو قذف زوجته

اللعان عنده وعندهما يجب بناء على وجوب الحد نهر عن البدائع (قوله بالزنا) الكائن في نكاحه او قبله بان قال لها يازانية او زنيت ولو قال لها يازانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان ولو قال انت طالق ثلاثا يازانية وجب الحد كذا في البدائع وغيرها ولو حذف التاء اتفق أبو حنيفة وصاحباه على وجوب اللعان والحد في الاجنبية ثم قاس محمد عليه ما لو قال لرجل يازانية فأوجب الحد وفرقا بان الترخيم شائع في النداء والخطاب دليل على ارادة التاء بخلاف الثاني وفي كون التاء للمبالغة شك فلا يجب بالشك نهر (قوله والحال انهما صلحا شاهدين) ويشترط صلاحيتهما للشهادة على المسلم حتى لا يجري اللعان بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم وان صلح شاهدا على مثله زيلعي (قوله ان كانا صبيين) كذا ان كان احدهما صبيا او مملوكا او مجنونا او محدودا في قذف نهر (قوله فان قيل يشكل على هذا الخ) ولهذا قال في الغاية يبطل هذا أي جعل اهلية الاداء شرطا بلعان الاعمى فانه ليس من اهل الاداء كما في الزيلعي فعلى هذا لا تكون أهلية الاداء شرطا بل اهلية التحمل وسيأتي جوابه (قوله او الفاسقين) عبارة البرجندي وأما الاعمى والفاسق فانما كانا من اهل اللعان لان شهادة الاعمى مقبولة فيما يجري فيه التسامع في رواية عن أبي حنيفة والفاسق يمكن ان يصير اهلا للشهادة يعني لادائها بتقادم العهد حموي واعلم ان المراد من تقادم العهد تقادم عهد الفسق (قوله قلنا هما من أهل الشهادة) أي من اهل ادائها بدليل قوله ولهذا لو قضى القاضي بشهادة هؤلاء جاز وغير خاف ان المراد بالجواز في كلام الشارح انما هو الصحة لا الحل وبهذا التقدير يظهر لك ان ما ذكره الزيلعي في الرد على صاحب الغاية حيث قال وهذا غلط يعني ما ذكره في الغاية من ان اشتراط اهلية الاداء يبطل بلعان الاعمى الخ لان الاعمى من اهل الشهادة الا ان شهادته لا تقبل لانه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه ولهذا ينعقد النكاح بحضوره مما لا يجدي نفعا ولهذا قال في النهر وما في الزيلعي من ان الاعمى أهل لها ولهذا انعقد النكاح بحضوره مدفوع بان الكلام في اهلية الاداء لا في اهلية التحمل انتهى واعلم ان المنفي من قول الزيلعي ان الاعمى من اهل الشهادة الا ان شهادته لا تقبل انما هو الحل لا الصحة (قوله وهي ممن يحد قاذفها) خصها مع ان هذا شرط في جانب الرجل أيضا لان المرأة هي المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط اهلية الشهادة بخلافه لانه ليس مقذوفا وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه نهر (قوله بان كانت محصنة الخ) غالب هذا قد علم مما سبق في قوله صلحا شاهدين فكان الاولى في الشرح ان يقتصر على ما لم يعلم من سابقه بان يقول بان كانت عفيفة حموي (قوله وقيل اذا كان معها ولد الخ) جزم به في الدر ولم يحك فيه خلافا والحموي أيضا تبعا للنهر وكذا في الدرر ونصه فمن قذف بالزنا زوجته العفيفة اي المبراة عن الزنا غير متهمة به كمن يكون معها ولد لا يكون له أب معروف الخ وقوله كمن يكون معها ولد الخ تمثيل للنفي والتقدير يشترط لكون قذف الزوجة موجبا للعان ان لا تكون متهمة بالزنا مثل ان يكون معها ولد لا أب له وليس في الكلام تشبيه كما توهمه الشيخ حسن حيث قال قوله كمن يكون معها ولد الخ يتأمل في المشبه والمشبه به شيخنا (قوله او نفى نسب ولدها) ظاهره ان النفي المذكور ليس قذفا وليس كذلك حموي ولا فرق بين ما لو كان الولد الذي نفاه منه أو من غيره والتقييد بكونه مولودا على فراشه في كلام بعضهم اتفاقي لانه لو نفى نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف لا عن لكونه أيضا قاذفا كما لو نفاه أجنبي نهر والظاهر ان في العبارة تكرارا وانه لو ابدل الواو من قوله والتقييد بكونه مولودا الخ بالفاء ليكون تفريعا على ما قبله وحذف قوله لانه لو نفى نسب ولدها الخ لكان اولى واعلم ان التشبيه في قوله كما لو نفاه اجنبي بالنسبة للقذف لا للعان والتقدير كما يكون قاذفا كما لو نفاه اجنبي فتدبر واعلم ان ما وقع للسيد الحموي في شرحه من قوله او نفى الزوج نسب الولد أعم من كونه منها او من غيرها هو بخطه كذلك وهو سبق قلم وصواب العبارة ابدال قوله منها او من غيرها بقوله منه او من غيره (قوله وطالبته بموجب القذف) اشار بعدم اشتراط الفور في الطلب الى ان سكوتها لا يبطل حقها وان طالت المدة لان تقادم الزمان

بالزنا) والحال انهما (صلحا شاهدين) أي لاداء الشهادة لانهما ان كانا صبيين او عبدين او مجنونين او محدودين في قذف او كافرين فلا لعان فان قيل يشكل على هذا جريان اللعان بين الزوجين الاعميين او الفاسقين قلنا هما من اهل الشهادة ولهذا لو قضى القاضي بشهادة هؤلاء جاز وقال الشافعي صلاحية الشهادة ليست بشرط (وهي ممن يحد قاذفها) بان كانت محصنة لانها ان كانت أمة او كافرة بان كانت كتابية او صبية او مجنونة او زانية فلا حد ولا لعان وقيل اذا كان معها ولد وليس له أب معروف لا يجب اللعان وان كانت من أهل الشهادة (او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف) وهو الحد

لا يوجب بطلان الحق فى القذف والقصاص اسبيجابى وحقوق العباد جوهرة وفى خزانة الفقه ولو سكتت
ولم ترفع الى الحاكم كان أفضل وينبغى للقاضى ان يقول لها اتركى واعرضى عن هذا لانه دعاء الى الستر فان
تركت مدة ثم خاصمت فلها ذلك كما فى البدائع ولا يخفى ان وجوب اللعان مقيد بعجزه عن اقامة البينة عن
زناها وعدم اكذابه نفسه بعده وعدم تصديقها له فان أقام بينة على زناها فان كانوا اربعة رجال رجمت
لو محصنة وجلدت لو غير محصنة وان كانا رجلين فقط على اقرارها بالزنا يندرئ اللعان ولا تحد المرأة وكذا
لو كان رجلا وامرأتين شهدوا على تصديقها وهذا كله اذا أقر بالقذف فان انكره فأقامت رجلين وجب
اللعان لا رجلا وامرأتين وان لم يكن لها بينة لا يستحلف الزوج ولو شهد مع ثلاثة غير عدول فلا حد عليه
ولا على الثلاثة ولا لعان كذا فى المحيط وفيه أيضا لو شهدا على أبيهما انه قذف ضرة أمهما لا تقبل لانهما
يشهدان لامهما بخلو الفراش لها لان اللعان سبب الفرقة حتى لو كان أبوهما محدودا فى قذف تقبل لان
هذا القذف يوجب الحد دون اللعان بحر وفى النهر من قوله ولو انكره فطلبت يمينه لا يستحلف فان اقامت
رجلين او رجلا وامرأتين على قوله لاعن الخ صوابه لا رجلا وامرأتين شيخنا (قوله وجب اللعان) ان اقر
بقذفه او اقامت عدلين مع انكاره وان اقامت رجلا وامرأتين لا تقبل وان لم تجد بينة لا يحلف فى الحد
واللعان اتفاقا شرنبلالية عن العينى فى الدعوى وهو موافق لما قدمناه عن البحر فالتصويب الذى سبق
فى عبارة النهر متعين (قوله وانما اشترط طلبها لانه حقها) ولو بعد العفو در (قوله أى حبسه القاضى) أى
حبس الزوج أى امر بحبسه والقاضى عطف تفسير على الحاكم حموى وهذا بالنسبة للنسخة التى وقعت له
وأما نسختنا فليس للحاكم ذكر (قوله حتى يلاعن) قال فى ايضاح الاصلاح ههنا غاية أخرى ينتهى الحبس
بها وهى ان تبين منه بطلاق اوغيره ذكره السرخسى فى المبسوط انتهى واذا امتنعا جميعا من اللعان قال
الاسبيجابى يحبسان وينبغى حمله على ما اذا لم تعف المرأة وان لم يصح العفو فى حد القذف لانه قال فى شرح
المجمع لو عفا المقذوف لا يحد القاذف لا لصحة العفو بل لتركه طلبه حتى لو عاد وطلب يحد شرنبلالية وعندى
فى حبسها بعد امتناعه نوع اشكال وهذا لانه لا يجب عليها الا بعده فقبله ليس امتناعا لحق وجب عليها
وكان هذا هو السر فى اغفال المصنف وغيره لهذا فتدبره نهر (قوله وقال الشافعى الخ) لانه وجب عليه
الحد بالقذف لقوله تعالى فاجلدوهم الا انه يتمكن من دفعه باللعان تخفيفا عليه فاذا لم يدفع يحد وكذا
المرأة اذا أبت تحد حد الزنا لان الزوج اوجب عليها الحد بلعانه ولكن تتمكن من دفعه باللعان لقوله
تعالى ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اى يدفع عنها الحد شهادتها قلنا قذف الرجل امرأته لا يوجب الحد
عند اجتماع شرائط اللعان وما تلى منسوخ فى حق الزوجين بآية اللعان ولو كان موجبا لما سقط بشهادته
او يمينه لان الحقوق لا تسقط به وكذا لا يجب على المرأة الحد بشهادته او بيمينه فكيف يجب بقول الواحد
الحد الذى لا يجب الا بشهادة اربعة عدول والمراد فيما تلى والله اعلم الحبس او يحتمله فلا يدل على ما قال
والعجب من الشافعى انه لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده
وان كان عبدا او فاسقا او كافرا زيلعى (قوله فان لاعن وجب عليها اللعان) ولو أخطأ القاضى فبدأ
بالمرأة ينبغى أن يعيده ولو فرق قبل الاعادة جاز نهر عن البدائع وفى الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة
ولا يجب اعادته قال الكمال وهو الوجه شرنبلالية بقى ان يقال ظاهر كلام الشرنبلالى يقتضى جواز
التفريق قبل الاعادة مطلقا ويخالفه ما فى النهر بحثا حيث ذكر ان المفرق لو كان ممن يرى ان اللعان
شهادة لم ينفذ اخذا من تعليل البدائع المسئلة بان التفرقة صادفت محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان
ليس بشهادة بل يمين ويجوز تقديم أحد اليمينين على الاخرى انتهى (قوله وذكر الصدر الشهيد الخ)
كذا فى بعض نسخ القدورى وهو غلط كما فى الزيلعى والدرر لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب
بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق اربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا فلا يعتبر فى حق
وجوب الحد ويعتبر فى درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته فى نفى الولد فلا حد ولا لعان

(وجب اللعان) عليهما وانما اشترط
طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كحد
القذف فان قيل لا يلزم من نفى الولد
الزنا لجواز ان يحصل بالوطء عن شبهة
قلنا الاصل فى النسب الصحيح هو الفراش
لا الفاسد الملحق به فنفيه عن الفراش
الصحيح قذف (فان أبى) الزوج اللعان
(حبس) أى حبسه القاضى (حتى يلاعن
او يكذب نفسه فيحد) حد القذف
وقال الشافعى رحمه الله اذا امتنع
عنه يحد حد القذف (فان لاعن) أى
الزوج (وجب عليها اللعان فان أبت)
المرأة عنه (حبست حتى تلاعن
او تصدقه) وذكر الصدر الشهيد فى
الوسيط انها اذا امتنعت تحد حد الزنا
ولكن ليس هذا مذهبنا بل مذهب
الشافعى ثم اذا صدقته لا تحد أيضا
لان الاقرار مرة لا يكفى

وهو

وهو ولدهما لان النسب انما ينقطع حكما باللعان فلم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في ابطاله درر عن الزيلعي قال وبه يظهر عدم صحة قول صدر الشريعة فينتفي نسب ولدها منه اه (قوله فان لم يصلح شاهدا حد) يعني اذا كانت هي من أهل اللعان بان كانت صالحة للشهادة عليه وهو لا يصلح بان كان كافرا او عبدا أو محدودا في قذف يجب عليه الحد لان اللعان تعذر لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية ولا يتصور ان يكون الزوج كافرا وهي مسلمة الا اذا كانا كافرين فأسلمت ثم قذفها قبل عرض الاسلام عليه زيلعي والاصل ان اللعان اذا سقط لمعنى من جهته فلو القذف صحيحا حد والا فلا حد ولا لعان در (قوله او كافرا) يعني وكان أهلا للقذف بان كان بالغا عاقلا ناطقا بقرينة قوله حد فلا يرد الصبي والمجنون لان الحد انما يقام على المكلف تنوير وشرحه ونهر (قوله او محدودة في قذف) لانها ليست من اهل الشهادة فكان الامتناع لمعنى فيها فلا يوجب الحد ولو كانا محدودين في قذف حد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته اذ هو ليس من أهله وكذا اذا كان هو عبدا وهي محدودة في قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة أو الكافرة لا يوجب الحد وقذف المحدودة يوجب الحد اذا كانت عفيفة حتى لو قذفها أجنبي يحد فكذا الزوج ولو قذف الامة أو الكافرة لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين أو مجنونين ثم الاحصان يعتبر عند القذف حتى لو قذفها وهي أمة أو كافرة ثم أسلمت أو اعتقت لا يجب الحد ولا اللعان زيلعي (قوله فلا حد ولا لعان) ذكر في الدر المختار عقب قول المتن وان صلح وهي ممن لا يحد قاذفها فلا حد ولا لعان ما نصه لكنه يعزر حسما لهذا الباب وظاهر اطلاقه انه يعزر وان لم تكن عفيفة عن الزنا فليحرر (فروع) يسقط اللعان بعد وجوبه بالطلاق البائن ثم لا يعود بتزوجها بعده وكذا يسقط بزناها ووطئها بشبهة وبردتها ولا يعود لو أسلمت بعده ويسقط بموت شاهد القذف وغيبته لا لو عمي الشاهد أو فسق أو ارتد ولو قال لزوجته زنيت وأنت صبية أو مجنونة وهو أي الجنون معهود فلا لعان لاسناده لغير محله بخلاف وأنت ذمية أو أمة أو منذ أربعين سنة وعمرها اقل حيث يتلاعنان تنوير وشرحه ومنه يعلم اشتراط دوام الصلاحية من حين القذف الى التفريق وانظر ما وجه الفرق بين قوله وأنت ذمية أو أمة اذا كان ذلك معهودا و بين قوله وأنت صبية أو مجنونة اللهم الا أن يحمل على ما اذا لم يكن ذلك معهودا بأن كانت حرة مسلمة من الاصل ثم ظهر أن كونها ذمية أو رقيقة لا ينافي لحوق الشين والتكليف فيجب اللعان ويجب أيضا في الاسناد لما قبل الوجود لانه كذب بديهة واعلم أن وجه عدم سقوط اللعان اذا ارتد شاهد القذف هو ان عوده الى الاسلام مرجو حتى لو مات أو قتل على ردته سقط بخلافه في جانب العمى والفسق حتى لو قضى القاضي على الزوج باللعان اذا أنكر القذف بشهادة الاعمى أو الفاسق صح لانهما من أهل الشهادة كما ذكره الشارح فيما سبق لكن سقوط اللعان بغيبة شاهد القذف يشكل بما اذا ارتد فكان الظاهر عدم سقوطه أيضا بالغيبة مادام حضوره مرجوا فليتطر ما المانع لها من طلب اللعان بعد حضوره (قوله وصفته ما نطق به النص) اي نص الشارع يعم الكتاب والسنة نهر واقتصر العيني على قوله أي نص القرآن واعلم أن سبب نزول الآية أن هلال بن امية لما رمى زوجته بالشريك بن السحماء جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال غبت عن امرأتي سنتين فلما رجعت وجدت على بطن امرأتي الشريك يزني بها فقال له عليه الصلاة والسلام ائت بأربعة شهود والا تجلد على ظهرك فقال هلال رأيت بعيني يا رسول الله وأعاد هذه المقالة ثم قال واني لارجو من الله أن يجعل لي مخرجا فأنزل الله هذه الآيات فدل ذلك على أن اللعان قائم مقام حد القذف في حق الزوج حيث لم يجلد هلال بقذفه ثم الدليل على أنه قائم مقام حد الزنا في جانب المرأة أن هلالا لما رماها بالشريك بن السحماء قال صلى الله عليه وسلم ان جاءت به أحمر على نعت كذا فهو أي الولد لهلال وان جاءت به أسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال عليه السلام

(فان لم يصلح الزوج (شاهدا) بان كان عبدا او كافرا او محدودا في قذف (حد) وان صلح الزوج (و) الحال انها (هي ممن لا يحد قاذفها) بان كانت صبية او مجنونة او زانية او امة او كافرة او محدودة في قذف (فلا حد عليه ولا لعان) وصفته ما نطق به النص) وهو ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات بان يقول في كل مرة

لولا الايمان سبقت لكان لى ولها شان درر وهلال هذا صحابى ابن امية بن عامر بن قيس أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم وذكرهم فى سورة براءة وهم هلال بن أمية وكعب بن مالك وابن الربيع شيخنا عن تهذيب الاسماء والمراد من كونه جعدا ان لا يكون شعره مسترسلا نقله شيخنا عن الصحاح ومن كونه جاليا أن يكون ضخم الاعضاء نقله شيخنا أيضا عن عزمى زاده معزيا الى الطلبة وهو بضم الجيم وتشديد الميم كما فى نهاية ابن الاثير وضبطه الوانى بتخفيف الميم والسحماء بالسين المفتوحة وحاء ساكنة مهملتين بالمد وهى أمه وأم البراء بن مالك (قوله أشهد بالله انى لمن الصادقين الخ) يتأمل فى عدول صاحب الدرر عن متابعة ما نطق به النص فحذف بعض المؤكدات حيث أسقط لام الابتداء من قوله انى لمن الصادقين ومن قولها انه لمن الكاذبين واقتصر فى الاول على قوله أشهد بالله أنى صادق وفى الثانى على قوله أشهد بالله انه كاذب وليس صوابا شرنبلالية (قوله ويقول فى الخامسة لعنة الله عليه الخ) واللعن نوعان أحدهما الطرد عن رحمة الله وهذا ليس الا للكافرين والثانى الابعاد عن درجات الابرار ومقام الاخيار وهو المراد والحاصل أن الطرد والابعاد على مراتب فى حق العباد وأن اللعن بمعنى اليأس من الرحمة لا يجوز حتى لكافر الا من علم بالنص أنه مات أو يموت كافرا ولا حجة لمجوز فى خبر اذا دعا الرجل زوجته الى فراشه فأبت لعنتها الملائكة لا لما قيل يحتمل كونه من خصائص المعصوم لان الخصوصية لا تثبت بالاحتمال بل لان ذلك ليس من لعن المعين اذ التعيين انما يحصل باسم أو اشارة ولعن الملك ليس من ذلك بل من اللعن بالوصف كان يقول اللهم العن من باتت هاجرة فراش زوجها شيخنا عن المناوى معزيا الى شرح الهداية أى هداية الحديث (قوله غضب الله عليها) وخصت المرأة بالغضب دون اللعن لانها تكثره كما جاء فى السنة فلا تبالى به اذ ورد فى الحديث انكن تكثرن اللعن وتكفرن العشير درر ولو وجد بينة على صدقه بعد اللعان قال فى البحر ينبغى ان لا تقبل لان القذف أخذ موجبه وكأنها حدت للزنا فلا تحد ثانيا ولقائل أن يقول لم لا يجوز أن تقبل ليترتب عليه حل نكاحها وقد علل فى الهداية حل نكاحها فيما اذا اكذب نفسه فحد بأنه لما حد لم يبق أهلا للعان وهذا يتأتى هنا فانه اذا ثبت أنها غير عفيفة لم تبق أهلا للعان نهر (قوله وذكر فى النوادر الخ) وفى ظاهر الرواية لا يعتبر هذا لان كلا منهما يشير للآخر والاشارة أبلغ أسباب التعريف كذا فى الظهيرية والاشبه ان محمدا أورد كلمة اللعن وكلمة الغضب بضمير الغائب تحاميا عن نسبة اللعن والغضب الى نفسه بحسب الظاهر ثم أورد باقى الصيغ على سنن ما تقدم يعنى الخطاب ويحتمل أن يكون هذا من باب الالتفات على مذهب السكاكى حموى عن البرجندى (قوله لانه أقطع للاحتمال) وجه الظاهر أن ضمير الغائب اذا اتصل به الاشارة ينقطع الاحتمال أيضا شرنبلالية (قوله فان التعنا الخ) ولو أكثر اللعان قيدنا بأكثر اللعان لانه لو فرق بعد التعانهما مرتين لا تقع الفرقة ذكره الاسبيجابى وفى التتارخانية لو فرق بينهما بعد التعان الزوج قبل التعان المرأة نفذ حكمه لكونه مجتهدا فيه مشكل ويمكن أن يقال انه قضى فى الثانى فى فصل مجتهد فيه فينفذ لان الشافعى قائل بوقوع الفرقة بلعان الزوج فقط بخلافه فى الاول وعلى هذا فيجب أن يقيد القاضى بالمجتهد نهر وفى قوله يجب أن يقيد القاضى بالمجتهد نظر بل يكفى أن يكون شافعيا ثم رأيت فى البحر بعد أن ذكر كلام التتارخانية قال وينبغى أن يقيد بغير القاضى الحنفى أما هو فلا ينفذ انتهى وهو نص فيما ذكرناه (قوله بانت بتفريق الحاكم) مقتضى التعبير بالحاكم أن المراد به ما هو الاعم من القاضى والظاهر من كلام الشارح حيث فسره بالقاضى واليه يشير كلام البحر والزيلعى أن المراد به خصوصه ولو زالت أهلية اللعان فى هذه الحالة بما لا يرجى زواله بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما انسانا فحد وخرس أحدهما أو وطئت وطئا حراما لم يفرق بينهما بخلاف ما لو جن أحدهما حيث يفرق لانه يرجى زواله ولو تلاعنا فغاب أحدهما ووكل بالتفريق يفرق كذا فى التتارخانية وهو ظاهر فى أنه اذا لم يوكل ينتظر نهر وظاهره أنه انما يفرق بينهما بعد الطلب وليس كذلك لتصريحه هو بأن التفريق

غير

أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها فى جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات بان تقول فى كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا وتقول فى الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا وذكر فى النوادر عن الحسن عن أبى حنيفة النعمان أنه لا بد من أن يقول انى لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا وهى تقول انت من الكاذبين فيما رميتنى به من الزنا لانه اقطع للاحتمال (فان التعنا بانت بتفريق الحاكم) اى القاضى

غيرمتوقف على رضاهما وفي الخزانة لوسألا من القاضي أن لا يفرق بينهما فله أن يفرق حموي عن البرجندي واعلم أن النكاح وان كان باقيا قبله الا أنه يحرم عليه وطؤها لخبر المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نهر عن الفتح (قوله حتى لومات أحدهما الخ) ولوظاهر منها في هذه الحالة أوطلقها أو آلى منها صح لبقاء النكاح زيلعي (قوله وعند الشافعي تقع الفرقة بنفس لعان الزوج) و يتعلق بلعانه عنده أربعة أشياء قطع النسب وسقوط الحد عنه ووجوب الحد عليها وثبوت الفرقة بينهما له في الفرقة ان الزوج لما شهد عليها بالزنا أربع مرات وأكد ذلك باللعان فالظاهر أنهما لا يأتلفان فلم يكن في بقاء النكاح فائدة فينفسخ ولنا حديث العجلاني أنه لاعن امرأته فلما فرغا من لعانهما قال كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا فلو كانت الفرقة تقع بلعانه كما قال الشافعي أو بلعانهما كما قال زفر لانكر عليه صلى الله عليه وسلم بل ورد من رواية أبي داود فطلقها ثلاث تطليقات فانفذه عليه الصلاة والسلام ولهذا قال عمر المتلاعنان يفرق بينهما ومن العجب أن الشافعية تعلقت بحديث العجلاني المتقدم لاباحة ارسال الثلاث جملة حيث لم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم ثم ينكرون وقوع الطلاق عليها هنا زيلعي وقوله و يتعلق بلعانه عنده وجوب الحد عليها يعني اذا صدقته كما سبق (قوله وعند زفر بمجرد لعانهما) لقوله عليه الصلاة والسلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا زيلعي وقد عرف جوابه (قوله ثم تكون الفرقة تطليقة بائنة) ولها النفقة والسكنى مادامت في العدة بحر عن التتارخانية (قوله وان قذف بولد نفي القاضي نسبه) بشرط أن يكون العلوق في حال يجري بينهما اللعان حتى لو علقت وهي أمة أو كافرة ثم اعتقت أوأسلمت لا ينفي ولا يلاعن لان نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا يتغير بعده زيلعي قال في البدائع لوجوب قطع النسب شرائط منها التفريق ومنها أن يكون القذف بالنفي بحضرة الولادة او بعده بيوم أو يومين ومنها أن لا يسبق النفي من الزوج ما يكون اقرارا منه بنسب الولد ومنها أن يكون الولد حيا وقت قطع النسب ومنها أن لا يكون نسب الولد محكوما بثبوته شرعا كما اذا نفاه ولم يتلاعنا حتى قذفها أجنبي بالولد فحد فانه يثبت نسبه منه ولوجاءت بولد آخر من الغد بعد ما نفى الاول لزمه الولدان حموي (قوله وألحقه بامه) خرج مخرج التوكيد نهر (قوله وذكر في شرح الهداية هذا صحيح) اذ ليس من ضرورة التفريق نفي النسب نهر اذ قد يفرق بينهما ولا ينتفي نسب الولد عنه بأن وقع القذف بعد موت الولد حموي (قوله أما في حق فساد دعوة النسب الخ) يعني لو ادعى آخر نسب هذا الولد الذي نفاه عنه القاضي لا تصح دعوته لان النسب منه باق بالنسبة الى الدعوة هذا ولا يخفى عليك أن في الكلام حذف الفاء في جواب اما وهو نادر حموي وفي الدر لا تصح دعوة غير النافي وان صدقه الولد قال البهنسي الا أن يكون ممن يولد مثله لمثله أو ادعاه بعد موت الملاعن انتهى (قوله وكذا في حق امتناع أداء الزكاة الخ) والقصاص أيضا نهر وهو باطلاقه شامل لما لو قتل النافي ذلك الولد أو ورث ذلك الولد قصاصا على النافي (قوله فان أكذب نفسه) اى أكذب نفسه بعد اللعان فان كان قبله يتطرفان لم يطلقها قبل الاكذاب فكذلك وان أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد ولا لعان زيلعي وسواء كان الاكذاب باعترافه أو ببينة أو دلالة بأن مات الولد المنفي عن مال فادعى نسبه نهر ثم قوله فان أكذب نفسه ليس تكرارا لما تقدم من قوله حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد لان ذاك فيما قبل اللعان وهذا فيما بعده شرنبلالية وقوله وان أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد ولا لعان لان المقصود من اللعان التفريق به بينهما فلا يتأتى بعد البينونة ولا يجب عليه الحد لان قذفه كان موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما اذا أكذب نفسه بعد اللعان لان وجوب اللعان تم بالقذف الاول زيلعي (قوله حد) لاقراره بوجوب الحد عليه وهذا اذا كان بعد اللعان كما اقتضاه كلامه ليس للقذف الاول لانه أخذ موجبه يعني الذي هو اللعان بل لانه نسبها في كلمات اللعان الى الزنا وهو شهادة وشهود الزنا اذا رجعوا يحدون نهر (قوله وله أن ينكحها) والحد ليس قيدا لحل تزوجه بها قال في النهر وكذا اذا لم يحد او صدقته

حتى لومات احدهما بعد الفراغ من اللعان قبل التفريق توارثا عند علمائنا الثلاثة وعند الشافعي تقع الفرقة بنفس لعان الزوج وعند زفر بمجرد لعانهما ثم تكون الفرقة تطليقة بائنة عندهما وعند ابي يوسف والشافعي هو تحريم مؤبد (وان قذف بولد نفي القاضي) نسبه والحقه بامه) اذا نفى في حالة الولادة ونحوها كما يأتي وصورة هذا اللعان ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي الولد وكذا في جانبها فتقول اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفي الولد ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان أمرين الزنا ونفي الولد ويثبت نفي الولد ضمنا للقضاء بالتفريق وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه وأخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لا ينتفي النسب عنه وذكر في شرح الهداية هذا صحيح ثم ان النسب ينتفي في حق التوارث واستحقاق النفقة اما في حق فساد دعوة النسب باق اجماعا وكذا في حق امتناع اداء الزكاة والشهادة وحرمة المناكحة كذا في الحواشي (فان اكذب الزوج نفسه) بعد اللعان (حد) حد القذف (وله ان ينكحها

شرنبلالية (قوله خلافا لابى يوسف والشافعى) لان الفرقة باللعان تحريم مؤبد عندهما وعند الامام ومحمد طلقة بائنة وثمرة الخلاف تظهر فى حل التزوج بها بعدما اكذب نفسه أو نحوه كتصديقها وقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا اى ماداما متلاعنين (قوله وكذا ان قذف غيرها فحد) لخروج القاذف بعد الحد عن أهلية اللعان نهر لان المنع من تزوجه بها لاجل الاهلية حتى لا يقذفها مرة اخرى فيلتعنان فاذا بطلت الاهلية أمن من ذلك فيجتمعان وهذا لان اللعان لم يشرع فى العمر بين الزوجين الا مرة فلو ابيح له التزوج بها والاهلية باقية لادّى الى وقوعه مرارا واذا بطلت لم يؤدّ فجاز زيلعى (قوله أو زنت فحدت) كان الفقيه المكى يقول زنت بتشديد النون أى نسبت غيرها الى الزنا وهو القذف فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا على ما بينا فزال الاشكال بقى أن على ما هو الظاهر من قراءة زنت بالتخفيف لا يتصور أن يتزوجها بعدما زنت وحدت لان حدها الرجم لكونها محصنة لان اللعان لا يجرى الا بين محصنين أو يحمل على ما اذا لاعنها قبل الدخول بها أو كانت كافرة أو أمة أو صغيرة أو مجنونة فزال ذلك وصارت محصنة ولم يقربها بعدما صارت محصنة حتى قذفها فانه يلاعن بينهما ولا ترجم اذا زنت لعدم شرطه وهو الدخول بها وهما على صفة الاحصان زيلعى قال العلامة الغنيمى وظاهره أن من وجب رجمها لا يصح نكاحها لعدم تصوره مع أنه متصور بأن يعقد عليها قبل الموت بالرجم ويترتب عليه الارث ونحوه فليحرر بالنقل انتهى وفى كون ظاهر كلام الزيلعى ذلك نظر ظاهر حموى وقول الفقيه المكى فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا على ما بينا فزال الاشكال وجه الاشكال كما سيأتى فى كلام الشارح ان زناها من غير حد يسقط به احصانها فلا حاجة الى ذكر الحد بخلاف القذف لانه لا يسقط به الاحصان حتى تحد فلا بد من ذكر الحد فيه وسيأتى جوابه (قوله ولا لعان بقذف الاخرس) لانه قائم مقام حد القذف وقذفه لا يعرى عن شبهة والحدود تدرأ بها درر وكذا لا حد شرنبلالية عن شرح المجمع وكذا لا يثبت اللعان بكتابته لان الكتابة بمنزلة ما ليس بصريح من الناطق فصار شبهة وكذا اذا كانت المرأة خرساء لجواز التصديق لو كانت تنطق والحد لا يثبت بالشبهة فكذا اللعان غاية ولو خرس أحدهما بعد اللعان قبل التفريق فلا تفريق ولا حد كما لو ارتدا او كذب نفسه بحر (قوله وقال الشافعى عليه اللعان) لان اشارته كالصريح ولنا ما سبق من انه قائم مقام حد القذف فى حقه وقذفه لا يعرى عن شبهة والحدود تدرأ بها (قوله ونفى الحمل) لان قيامه عند النفى غير معلوم لاحتمال كونه انتفاخا درر (قوله بأن قال ليس حملك منى مطلقا) أى سواء وضعته لاقل من ستة أشهر أولا فلا لعان لا قبل الوضع ولا بعده (قوله وعندهما يلاعن بنفى الحمل الخ) لانا تيقنا بقيام الحمل عند القذف فيتحقق القذف فصار كنفيه بعد الولادة زيلعى قال شيخنا وجوابه من طرف الامام أن يقال يكفى فى شبهة كونه انتفاخا حال قيام الحمل وان ظهر عدمها أى عدم الشبهة بوضعه لاقل المدة ثم رأيته بحمد الله فى الدر قال لعدم تيقنه عند القذف ولو تيقنا بولادتها لاقل المدة يصير كانه قال ان كنت حاملا فكذا والقذف لا يصح تعليقه بالشرط انتهى ولهذا قلنا يصح عتق الحمل لصحة تعليقه بالشرط وأما رد المبيعة بعيب الحبل فلظهوره وكونه ريحا شبهة والرد به يثبت معها نهر (قوله وعند الشافعى يلاعن قبل الوضع) لحديث هلال بن أمية أنه عليه السلام لاعن بينه و بين امرأته وكان قذفها وهى حامل بدليل قوله عليه السلام ابصروها فان جاءت به أصهب أريصح أثيبج حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو لشريك بن سحماء قلنا لعان هلال كان لقذفها بالزنى لا بنفى الحمل لانه شهد عليها بالزنا عنده عليه السلام كذا ذكره أحمد بن حنبل فلا يلزم حجة يحققه أنه لو كان بنفى الحمل لنفاه عليه السلام عن أبيه أشبهه أم لم يشبهه كما لو تلاعنا بنفيه بعد الولادة فانه ينفى كيفما كان ولا ينظر الى الشبه زيلعى فتحصل من كلام الزيلعى أنه عليه السلام ما الحق الولد بامه وقت التلاعن بل بعد وضعه و بعد العلم بأنه لم يشبه أباه و يخالفه ما فى شرح العينى من أنه عليه السلام لاعن

خلافا لابى يوسف والشافعى (وكذا) له ان ينكحها بعد اللعان (ان قذف غيرها فحد او زنت فحدت) وفى قوله فحدت نظر لان الزنا يخرجها من اهلية اللعان فلا حاجة الى تقييده بالحد والجواب عنه انه محمول على ترك الكاتب وانما هو او زنت او قذفت فحدت لان القذف لا يخرجها عن اهلية اللعان وانما تخرج عنها بالحد وهو يوافق المذكور فى المبسوط والجامع الكبير وشرح مختصر الكرخى وشرح الطحاوى او نقول التقييد بحدت اتفاقى ليس بمقصود أصلى (ولا لعان بقذف الاخرس) بان أشار (وقال الشافعى عليه اللعان (ونفى الحمل) أى لا لعان بنفى الحمل بان قال ليس حملك منى مطلقا عند أبى حنيفة وعندهما يلاعن بنفى الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وعند الشافعى يلاعن قبل الوضع

بين هلال وبين امرأته وهي حامل وألحق الولد بها والظاهر ان الرواية عنه عليه السلام قد اختلفت
وتوافق كلام العيني ماسيأتي عن النهر (تتمة) الاريصح تصغير الارصح وهو الناتئ الاليتين ويجوز
بالسين هكذا قال الهروي والمعروف في اللغة ان الارصح والارصع هو الخفيف لحم الاليتين وربما كانت
الصاد بدلا عن السين والاصيهب تصغير الاصهب الذي يعلو لونه صهبة وهي كالشقرة قاله الخطابي
والمعروف ان الصهوبة مختصة بالشقرة وهي حمرة يعلوها سواد والاثيبج تصغير الاثبج وهو الناتئ الثبج
اي ما بين الكتفين والكاهل ورجل اثبج ايضا أي عظيم الجوف وحمش الساقين اي دقيقهما يقال
رجل حمش الساقين واحمش الساقين وسابغ الاليتين اي تامهما والجمالي بالتشديد الضخم الاعضاء
التام الاوصاف يقال ناقة جمالية مشبهة بالجمل عظما وبدانة وخدلج الساقين أي عظيمهما والاكحل من
الكحل بفتحتين سواد في أجفان العين خلقة والرجل اكحل وكحيل شيخنا عن نهاية اللغة لابن الاثير واورق
أي اسمر ونقل عن نهاية ابن الاثير أيضا ان الجعد في صفات الرجال يكون مدحا وذما فالمدح معناه
ان يكون شديد الاسر او يكون جعد الشعر وهو ضد السبط لان السبوطة اكثرها في شعور العجم واما الذم
فهو القصير وقد يطلق على البخيل أيضا يقال هو جعد اليدين ويجمع على جعاد انتهى (قوله وتلاعنا
بزنيت الخ) لوجود القذف منه صريحا زيلعي (قوله ولكن لم ينف القاضي الحمل) لعدم ترتب الاحكام
عليه قبل ولادته ونفيه عليه السلام ولد هلال وقد قذف زوجته حاملا لعلمه بالوحي نهر وهذا يلائم
ماسبق عن العيني (قوله وقال الشافعي ينفيه) لانه عليه السلام نفى ولد هلال وقد قذفها حاملا وجوابه
علم مما قبله فلا نعيده (قوله ولو نفى الولد) الخ درمختار (قوله عند التهنئة) بالهمز من هنأته بالولد
بالتثقيل نهر وهي قول الناس عند الميلاد أقر الله عينك حموي أي لو نفى ولد امرأته في الحالة التي تقبل
التهنئة فيها زيلعي وقوله تقبل التهنئة فيها قال في النهاية على بناء المفعول لا الفاعل لانه لو قبل الاب
التهنئة ثم نفى لا يصح نفيه واعلم انه لم يقدر لمدة التهنئة مقدار في ظاهر الرواية بل ما جرت به العادة
وما ورد عن الامام من تقديرها بثلاثة أيام أو بسبعة ضعفه السرخسي بان نصب المقادير بالرأي لا يجوز
نهر (قوله آلة الولادة) قال العيني الاولى أن يفسر بالكرسي الذي تلد عليه المرأة ونحوه كشراء ما يشترى
حال الولادة (قوله صح نفيه) ودل كلامه أنه لو اقر به صريحا او دلالة بان قبل التهنئة او سكت عندها ثم
نفاه لا يصح نهر ولو نفى نسب ولد المعتدة عن بائن لا ينتفي اصلا لعدم اللعان درر من باب الاستيلاد وفيه
ايماء الى انه متى سقط اللعان بوجه لم ينتف نسبه ابدا سواء وجب عليه الحد أم لا وولد المملوكة اذا هنئ به
فسكت لا يكون قبولا شرنبلالية عن شرح المجمع (قوله وبعده لا يصح نفيه مطلقا) ويثبت نسبه لان
تقادم العهد دليل الالتزام والاطلاق في مقابلة ما سيأتي عن الصاحبين من ان نفيه في مدة النفاس
يصح (قوله ولاعن فيهما) أي فيما اذا صح نفيه وفيما اذا لم يصح لوجود القذف بنفي الولد درر (قوله
في مدة النفاس) لانها كحال الولادة من حيث انها لا تصوم ولا تصلي زيلعي (قوله في مقدار مدة
النفاس بعد القدوم) كذا في الفتح وقال في شرح المجمع وعندهما ان بلغه الخبر في مدة النفاس فكذلك
اي هو كوقت الولادة وان بلغه بعدها فعند أبي يوسف له أن ينفيه الى سنتين وعند محمد الى أربعين يوما
شرنبلالية (قوله اول التوءمين الخ) ولو نفاهما ثم مات احدهما قبل اللعان لزماه لان الميت لا يمكن نفيه
زيلعي والتوءم فوعل والانثى توءمة والاثنان توءمان بحر عن المصباح ولو جاءت بثلاثة في بطن واحد فنفى
الثاني واقر بالاول والثالث لاعن وهم بنوه ولو نفى الاول والثالث واقر بالثاني يحد وهم بنوه كموت
أحدهم تنوير وشرحه عن الشمني (فرع) نفى نسب التوءمين ثم مات احدهما عن اخيه المنفي وأخ لامه
وامه فالارث اثلاث فرضا وردا للام السدس وللاخوين الثلث والنصف الباقي يرد عليهم كذا في شرح
التلخيص وبه عرف ان نفيه يخرجه عن كونه عصبة نهر واعلم انه في صورة ما اذا اقر بالاول ونفى الثاني اذا
قال بعده هما ابناي او ليسا بابني فلا حد فيهما بحر عن فتح القدير (فرع) الاقرار بالولد الذي ليس منه حرام

(وتلاعنا بزنيت) أي ان قال لها زنيت (وهذا الحمل منه) أي من الزنا تلاعنا (و) لكن (لم ينف) القاضي (الحمل) وقال الشافعي ينفيه (ولو نفى الولد عند التهنئة) أو عقيب الولادة (وابتياع آلة الولادة صح) نفيه (وبعده) أي بعد المذكور من التهنئة والشراء (لا) يصح نفيه مطلقا وثبت نسبه (ولاعن فيهما) وقال أبو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس وان كان غائبا عن امرأته ولم يعلم بالولادة حتى قدم له النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما يقبل التهنئة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم (وان ولدت ولدين في بطن واحد و) نفى (أول التوءمين) واقر واعترف (بالثاني) منهما

كالسكوت لاستلحاق نسب من ليس منه درعن البحر قال وفيه متى سقط اللعان بوجه ما وثبت النسب بالاقرار او بطريق الحكم لم ينتف نسبه ابدا فلو نفاه ولم يلاعن حتى قذفها اجنبي بالولد فحد فقد ثبت نسب الولد ولا ينتفي بعد ذلك (قوله حد الزوج) لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني (قوله لانهما خلقا من ماء واحد) وثبوت نسب الذي اقر به يستلزم ثبوت نسب الآخر نهر ونفي احدهما وان استلزم نفي الآخر الا ان النفي بعد الاقرار غير معتبر والاقرار بعد النفي يعتبر حموي عن البرجندي (تتمة) اجتمع شرائط اللعان في الزوجين ثم طلقها بائنا اوثلاثا سقط ولم يجب الحد لان شرطه قيام الزوجية فاذا انتفت انتفى كذا لو تزوجها بعد ذلك اي بعد الابانة لان الساقط لا يعود كذا في الدرر والاولى ابدال قوله كذا لو تزوجها بعد ذلك بقوله ولا يعود اللعان بتزوجه بها الخ لان تزوجه بها انما يكون بعد زوال الاهلية بنحو اكذابه نفسه او تصديقها على ما عرف والتقييد بالبائن للاحتراز عن الرجعي كما صرح به في الدر معللا ببقاء أصل الزوجية فيجري اللعان بينهما بعد الرجعي

(باب العنين والمجبوب والخصى)

شروع في بيان من به مرض له تعلق بالنكاح نهر وهو فعيل بمعنى مفعول جمعه عنن وفي الدر عن البحر المجبوب كالعنين الا في مسئلتين التأجيل ومجيء الولد انتهى والاستثناء بالنظر لبطلان التفريق وعدمه لا بالنظر لثبوت نسب الولد اذ لا فرق بينهما فيه (قوله من عن اذا حبس) بالبناء للمفعول وعنن الرجل عن امرأته اذا حكم القاضي عليه بذلك زيلعي وهو بالبناء للمفعول بحر عن الجوهري ونصه عنن الرجل تعننا بالبناء للمفعول (قوله حظيرة الابل) تعمل للابل من شجر لتقيها البرد والريح والمحتظر بالكسر الذي يعملها شيخنا عن المختار (قوله اومن عن اذا عرض) كذا في الزيلعي والذي في النهاية من نسخة معتمدة اذا اعرض من الاعراض وما ذكره الشارح مأخوذ من النهاية بحروفه ولا يستقيم المعنى الا اذا كان مأخوذا من المزيد شيخنا (قوله لانه يعن) اي العنين اي ذكره حموي وبابه ضرب (قوله ولا يقصده) اي المأتي الآتي ذكره ففي كلامه رجوع الضمير على متأخر لفظا ورتبة وهو لا يجوز ويمكن ان يقال الضمير راجع للمأتي المفهوم من الاتيان حموي وقصد من باب ضرب (قوله وقيل الخ) يتأمل الفرق بينه وبين سابقه غنيمي اقول الفرق اظهر من نار على علم لان في الاول لم يعتبر استرخاء الذكر وفي الثاني اعتبر حموي (قوله فالعنين) كذا في بعض النسخ وفي بعضها فهو العنين وهو الظاهر حموي وفيه نظر ظاهر (قوله من لا يصل الى النساء) اي الى جماعهن في القبل وليس منه من قصرت آلته بحيث لا يمكن ادخالها داخل الفرج نهر عن المحيط واذا انتفى كونه عنينا فاذا حكمه والظاهر ان حكمه حكم المجبوب حموي لكن في الدر عن البحر اذا كان ذكره قصيرا لا يمكن ادخاله داخل الفرج فليس لها الفرقة انتهى ولو أولج الحشفة فقط فليس بعنين وان كان مقطوعها فلا بد من ايلاج بقية الذكر ولو انزل قبل ادخالها ثم لم تنتشر آلته بعد فهو عنين قيدنا بالقبل لانه لو قدر على ادخاله في الدبر فقط كان عنينا خلافا لابن عقيل فانه يقول الدبر اشد من القبل نهر عن المعراج (قوله او الى بعض النساء دون بعض) او يأتي الغلمان دون النساء الحسان حموي (قوله اولسحر) فان السحر عندنا حق وجوده واثره وتصوره حموي عن شرح المجمع للصدر الشهيد (قوله وجدت زوجها مجبوبا) يعني الحرة البالغة الخالية عن الرتق نهر ويلحق بالمجبوب ما اذا كان ذكره صغيرا جدا كالزر بخلاف ما اذا كان قصيرا لا يمكن ادخاله داخل فرجها فانه لا خيار لها واطلق الزوج المجبوب فشمل الصغير والمريض بخلاف العنين حيث ينتظر بلوغه أو برؤه لاحتمال الزوال واراد بالمراة من لها حق المطالبة لانها لو كانت صغيرة انتظر بلوغها في المجبوب والعنين لاحتمال رضاها بخلاف ما اذا كان احدهما مجنونا فانه لا يؤخر الى عقله في الجب والعنة ويفرق بينهما للحال في الجب وبعد التأجيل في العنين

لان

(حدّ) الزوج لانه اكذب نفسه (وان عكس) بان أقر بأول التوءمين ونفى الثاني (لاعن) لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه (وثبت نسبهما فيهما) أي في المسألتين لانهما خلقا من ماء واحد والله أعلم

(باب العنين والمجبوب والخصى)

العنين هو الذي لا يقدر على اتيان النساء من عنّ اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل أو من عنّ اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا يقصده وقيل سمي عنينا لان ذكره يسترخي فيعن يمينا وشمالا ولا يقصد المأتي من المرأة فالعنين (هو من لا يصل الى النساء) مع قيام الآلة (أو يصل الى الثيب دون الابكار) أو الى بعض النساء دون بعض وانما يكون ذلك لمرض أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر فهو عنين في حق من لا يصل اليها اذا (وجدت زوجها مجبوبا) أي

لان المجنون لا يعدم الشهوة بخصومة ولي ان كان والا فمن ينصبه القاضي بحر (قوله والخصيتين) بضم الخاء شيخنا (قوله من الجب وهو القطع) وبابه قتل بحر عن المصباح (قوله فرق القاضي بينهما في الحال) ان طلبت لكن لا يقيد كونه على فور علمها به حتى لو اقامت معه زمانا وهو يضاجعها كانت على خيارها مالم تعلم بحاله وقت العقد أو علمت به ولم ترض نهر فسكوت امرأة العنين ليس برضا وان اقامت معه سنين حموي عن شرح ابن الشلبي و يشترط وقت الحكم بالفرقة حضور الزوج حموي عن البرجندي وكذا تكون على خيارها لو رفعته الى قاض فاجله سنة ومضت السنة ولم تخاصم تنوير الا ان ترضى به ولو عند غير القاضي فانه يسقط حقها بحر عن الخلاصة ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد التفريق الى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل تفريق القاضي بخلاف العنين حيث يبطل تفريقه لانه لما ثبت نسبه لم يبق عنينا غاية وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل الا ترى انها لو اقرت بعد التفريق انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق زيلعي وجوابه ان ثبوت النسب من المجبوب باعتبار الانزال بالسحق والتفريق بينهما باعتبار الجب وهو موجود بخلاف ثبوته من العنين فانه يظهر به انه ليس بعنين والتفريق باعتباره بخلاف ما استشهد به من اقرارها فانها متهمة في ابطال القضاء لاحتمال كذبها بحر عن فتح القدير وكذا يبطل التفريق بالبينة على اقرارها بالوصول قبل التفريق لا بعده در والمراد بالغاية في كلام الزيلعي غاية السروجي لا الاتقاني شيخنا وفي البحر عن المحيط عنين اجله القاضي سنة وامرأته ثيب فوطئها وادعت بعد الحول انه لم يطأها وقالت حلفوه فابى ان يحلف ففرق القاضي بينهما لم يسعها ان تتزوج بآخر ولم يسعه ان يتزوج باختها انتهى ووجه بطلان التفريق لكونه في نفس الامر وطئها ولا يخفى ان التقييد بكونها ثيبا وقد حملت اتفاقي اذ الحكم لا يختلف ولو كانت بكرا ولم تحمل (قوله واجل القاضي سنة الخ) يشير الى انه لا عبرة بتأجيل غيره اى غير القاضي ولو قضى قاض بعدم تأجيله لم ينفذ قضاؤه شرنبلالية عن البحر ويؤجل من وقت الخصومة مالم يكن صبيا أو مريضا او محرما فبعد بلوغه وصحته واحرامه ولو مظاهرا لا يقدر على العتق اجل سنة وشهرين در (قوله أو خصيا) بفتح الخاء فعيل بمعنى مفعول ومصدره الخصاء بالمد والكسر وهذا اذا لم ينتشر ذكره فان انتشر فلا خيار لها وعطفه على العنين من عطف الخاص على العام لخفائه وان كان بأو لان الفقهاء يتسامحون في ذلك نهر ولا ادري ما فائدة هذا الجواب على ان التسامح لا يقال فيما هو خطأ حموي ولو قال الشيخ الكبير لا ارجو الوصول اليها او كان خنثى يبول مبال الرجال أجل أيضا وفي كلامه ايماء الى دفع ما عن الهندواني من انه يؤتى بطشت فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان تقلص ذكره وانزوى علم انه لا عنة به والا علم انه عنين اذ لو اعتبر هذا لزم ان لا يؤجل نهر وفيه نظر فان هذه علامة تفيد الظن لا اليقين ولا يلزم منها عدم صحة التأجيل حموي (قوله ونزعت خصيتاه) بضم الخاء تثنية خصية وجمعها خصى مثل مدية ومدى (قوله فان وطئ فيها) أشار الشارح بتقدير فيها الى أن جواب الشرط محذوف فهو على حد قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت وقدر الجواب في المفتاح بقوله فهو المطلوب واعلم ان الضمير المستتر في وطئ يعود على العنين والخصي والتقدير فان وطئ كل من العنين أو الخصي وقول العيني أو المجبوب صوابه الخصي ثم بالوطء ولو مرة واحدة يبطل التأجيل لاستيفائها حقها مرة وما زاد فهو مستحق عليه ديانة ولهذا يأثم اذا تركها متعنتا مع القدرة عليه بخلافه في الامة ولو مع احتياجها اليه نهر (قوله بالتفريق) اى بتفريق القاضي بينهما عند امتناعه عن تطليقها لانه وجب عليه التسريح بالاحسان حين عجز عن الامساك بالمعروف فاذا امتنع كان ظالما فناب عنه واضيف فعله اليه وظاهر ان تطليقه اياها لا يقال فيه تفريق فقول العيني اى تفريق الزوج او القاضي فيه مؤاخذة ظاهرة نهر (قوله متعلق بالجميع) اى فرق واجل وبانت فيعم امراة المجبوب ولو مجنونة بطلب وليها او من نصبه القاضي در فما في العيني من قوله ان طلبت المرأة التفريق فيه قصور لايهامه انه متعلق بالتفريق فقط وطلب وكيلها بالتفريق عند غيبتها كطلبها على

مقطوع الذكر والخصيتين من الجب
وهو القطع (فرق) القاضي بينهما
في الحال (وأجل) القاضي (سنة
لو كان (عنينا أو خصيا) وهو
من كان له آلة قائمة ونزعت خصيتاه
(فان وطئ) فيها (والا فبانت بالتفريق
ان طلبت) هذا متعلق بالجميع وهذا
اذا كانت حرة اما اذا كانت امة ففي
الطلب لسيدها عند ابي حنيفة

خلاف فيه واطلاقه فشمل ما اذا طالبت على التراخي اولا وكذا لو خاصمت ثم تركت مدة فلها الطلب ولو طاوعته في المضاجعة تلك الايام بحر عن الخانية (قوله خلافا لابي يوسف) صريح في ثبوت الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وجعل الزيلعي أبا يوسف مع أبي حنيفة ونصه ولو كانت أمة فالخيار الى المولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال زفر الخيار لها لان الخيار انما يثبت لفوات حقها في اقتضاء الشهوة وذلك حقها على الخلوص ولهما أن المقصود من الوطء في الاصل حصول الولد لا اقتضاء الشهوة وما ركب فيها من الشهوة حامل لها على تحصيل الولد والولد حق المولى الخ (قوله والفرقة تطليقة بائنة) ولو التفريق بجب الصبي قال في البحر عن المعراج وأهل الصبي هنا للطلاق في مسئلة الجب لانه مستحق عليه كما يؤهل لعتق القريب ومنهم من جعله فرقة بغير طلاق والاول أصح انتهى (قوله وعند الشافعي فسخ) لانه فرقة من جهتها ولنا أن هذه الفرقة من جهته لان الواجب عليه الامساك بالمعروف فاذا فات وجب التسريح بالاحسان فان فعل والا ناب القاضي منابه فكان الفعل منسوبا اليه فكان طلاقا بائنا ليتحقق دفع الظلم عنها والنكاح الصحيح النافذ اللازم لا يحتمل الفسخ زيلعي (قوله كما اختارت نفسها) ولا يحتاج الى القضاء كخيار العتق قيل وهو الاصح غاية وجعل في المجمع الاول قول الامام والثاني قولهما اه والاصح نهر فتحصل من تصحيح النهر أولا وثانيا أن المرجح خلاف ما مشى عليه المصنف في المتن من توقف البينونة على التفريق واعلم أنه يتعين أن يكون عزو الشارح وقوع الفرقة كما اختارت نفسها لابي يوسف ومحمد بلفظ عندنا بان يقال وعند أبي يوسف ومحمد انها كما اختارت نفسها الخ دل عليه ما ذكره في المجمع حيث جعل ذلك قول الصاحبين خلافا لما وقع في بعض نسخ الشارح من قوله وعن أبي يوسف ومحمد الخ (قوله بسنة شمسية) وهي مدة وصول الشمس الى النقطة التي فارقتها من ذلك البرج وذلك في ثلاثمائة وخمسة وستين يوما وربع يوم لان المرض يزول فيها غالبا لانه يكون لغلبة البرودة أو الحرارة أو اليبوسة أو الرطوبة وفصول السنة مشتملة عليها فالربيع حار رطب والصيف حار يابس والخريف بارد يابس والشتاء بارد رطب فاذا مضت السنة ولم يزل المرض ظهر أنه خلقي درر ولو أبدل قوله ولم يزل المرض بقوله ولم يصل لكان أولى اذ ما كان خلقيا أي أصليا لا يسمى مرضا والبروج اثنا عشر الحمل والثور والجوزاء والسرطان والاسد والسنبلة والميزان والعقرب والقوس والجدي والدلو والحوت وهم منازل الكواكب السبعة السيارة جلالين في سورة الفرقان ولو ظاهر منها فخاصمته فان كان بعد التأجيل لم يلتفت اليه لانه كان متمكنا من غشيانها والامتناع بفعله فلا يعذر وفي البحر عن الاختيار لو طالب أنه يؤجل بعد السنة ولو يوما لا يجيبه القاضي الا برضاها ولها الرجوع واختيار الفرقة انتهى (قوله وفي ظاهر الرواية بسنة قمرية) رجحه في الواقعات واختاره صاحب الهداية وهي بالاهلة والشمسية بالايام شرنبلالية عن المواهب والتبيين لكن في النهر عن الخلاصة الفتوى على التأجيل بالسنة الشمسية وعلله في البحر باحتمال أن طبعه يوافق الزيادة التي فيها فكان هو المعتمد لانه الثابت عن صاحب المذهب انتهى ومنه يعلم أن ما ادعاه في ايضاح الاصلاح من أن السنة الشمسية لم تعين في ظاهر الرواية على ما نقله عنه السيد الحموي ولم يتعقبه غير مسلم وفي البحر عن المجتبى اذا كان التأجيل في أثناء الشهر يعتبر بالايام اجماعا (قوله وقيل هو الاصح) ولهذا جرى عليه في التنوير وفي الدراية المذهب ثم حكى القول الآخر بقيل وحكى حكاية ترجيحه أيضا بقوله قيل وبه يفتى انتهى (قوله وعن شمس الائمة الحلواني الشمسية الخ) في المغرب السنة الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم الا جزءا من ثلاثمائة جزء من يوم والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدس وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب على رأي بطليموس حموي فكلام الشارح لا يوافق ما في المغرب والحاصل أن المسئلة مختلف فيها ولهذا قال في النهر وهي تزيد على القمرية أحد عشر يوما وقيل عشرة أيام وربع عشر يوم تقريبا انتهى (قوله ولا يحتسب بمرضه ومرضها) أي شهرا تاما وهو أصح الاقاويل حموي

خلافا لابي يوسف وقيل محمد مع أبي يوسف والفرقة تطليقة بائنة عندنا وعند الشافعي فسخ وعند أبي يوسف ومحمد أنها كما اختارت نفسها تقع الفرقة بينهما وقالوا في التأجيل يقدر بسنة شمسية وابتداء التأجيل من وقت الخصومة وفي ظاهر الرواية بسنة قمرية وقيل هو الاصح وعن شمس الائمة الحلواني الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما ولا يحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان ولا يحتسب بمرضه ومرضها

عن الظهيرية وكذا لا يحتسب عليه مدة حجها وغيبتها وامتناعها عن مجيئها له في السجن مع وجود خلوة به ولو لم تقبض مهرها وعن ابي يوسف ان مرضه اذا كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان أكثر لا يحتسب زيلعي وفي الملتقطات وعليه الفتوى وقال الكمال وعن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه قيل وعليه الفتوى شرنبلالية وجزم في الدرر بانه لا يحتسب عليه بمدة مرضه ومرضها مطلقا قال به يفتي وانظر هل يعوض زمنا مثل الزمن الذي لم يحتسب عليه وهو الذي يظهر لان غيره لم يوجد فيه قدرة و يمكن ان يكون له قدرة في ذلك الفائت فيعطى له مثله كفصل شتاء عوض شتاء من خط الشيخ حسن و يلزم عليه اذا كان ما فاته بسبب المرض مثلا في آخر سنة التأجيل ان يصير الاجل سنتين اذ لا يدرك مثل الفائت الا بعد فراغ السنة الثانية ولا يخفى بعده (قوله ولها تمام مهرها) لتصور الوطء منه والوقوف على حقيقة العنة متعذر حموي عن البرجندي واقره وأقول في تعليله بتصور الوطء قصور لعدم تصوره من المجبوب مع ان المصرح به كمال المهر بخلوته أيضا فالمناسب ان يعلل بانها قد اتت بما في وسعها اعني رفع الموانع (قوله ان خلا العنين والخصي) وكذا المجبوب حموي (قوله وتجب العدة) احتياطا لتوهم شغل الرحم حموي عن البرجندي (قوله ولو اختلفا في الوطء) المراد بالاختلاف هنا الاختلاف ابتداء لا بعد التأجيل صدر الشريعة بخلاف الاختلاف فيما سيجيء ولهذا قال هناك اي بعد التأجيل سنة عزمي واعلم أن الاختلاف الثاني أشار اليه المصنف بقوله فلو قال وطئت فيها وانكرت فالشارح ذكر الاختلاف الاول لعدم ذكر المصنف له اذ لم يذكر المصنف الا الثاني (قوله فان كانت ثيبا) المراد بالثيب هنا من زالت بكارتها من اي وجه كان بخلاف الثيب في باب مهر المثل وفي استئذان الولي بالنكاح فان المراد بها هناك من زالت بكارتها بالنكاح برجندي وانظر هل المراد زالت بالوطء بسبب النكاح أو المراد بالنكاح الوطء حموي (قوله فان قلن هي بكر الخ) الجمع في المخبرات لبيان الاولى ويكتفي بقول امرأة ثقة وقول امرأتين احوط وفي البدائع أوثق وفي الاسبيجابي أفضل شرنبلالية (قوله وان قلن هي ثيب حلف) لان الثيابة تثبت بقولهن وليس من ضرورة ثبوت الثيابة الوصول اليها لاحتمال زوالها بشئ آخر فيحلف بخلاف البكارة فان ثبوتها ينفي الوصول اليها ضرورة فتخير بقولهن در رأي بقولهن انها بكر وليس المراد بالتخيير التخيير بين التفريق واختيارها الزوج كما فهمه عزمي فقال وهذا محله بعد مضي السنة التي تأجلها كما سيأتي في كلامه انتهى بل المراد التخيير في التأجيل كما ذكره شيخنا قال فيسقط ما قاله عزمي لان الكلام في التخيير ابتداء للتأجيل سنة فان طلبته اجله والا فلا واما التخيير بين التفريق وعدمه فبعد مضي سنة التأجيل انتهى (قوله وقلن بكر كما كانت خيرت المرأة) للحال بين الاقامة والفرقة في مجلسها فان اختارت نفسها أمره القاضي بالتطليق فان أبى فرق بينهما (قوله وان قلن هي ثيب حلف الزوج) فالحاصل ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخيير عزمي (قوله وان كانت ثيبا في الاصل صدق الزوج بحلفه) اذ ليس من ضرورة ثبوت الثيابة الوصول اليها لجواز زوالها بغيره (قوله و بعد هذا ان اختارته الخ) ولو دلالة بان وجد منها ما يدل على الاعراض بان قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي أو قام القاضي من مجلسه نهر عن الخانية فتخييرها ابتداء التأجيل له لا يقتصر على المجلس بخلاف تخييرها انتهاء للتفريق فانه يقتصر على المجلس (قوله وكذا لو وطئها مرة الخ) ولو حائضا او نفساء او صائمة او محرمة بحر عن المعراج (قوله ولو لم يكن له ماء الخ) بخلاف ما لو كان له ماء لكنه ينزل قبل ان يخالطها ثم لا تنتشر آلته لانه عنين كما سبق (قوله لا يكون رضا منها) لان العجز عن وطء امرأة لا يدل على العجز عن غيرها على ما ذكره الخصاف وفي الاصل لا خيار لها فيكون رضا كما سيأتي في كلام الشارح والفتوى على ما في الاصل زيلعي وفي النهر عن الخانية نقل تصحيح خلاف ما في الاصل وبما سبق عن الزيلعي تعلم الخلل الواقع في كلام السيد الحموي وان الصواب في تعليله المسئلة بقوله لان العجز عن وطء امرأة لا يدل على العجز عن غيرها على ما في الاصل كذا قال الزيلعي ابدال الاصل بالخصاف

ولها تمام مهرها ان خلا العنين والخصي بها وتجب العدة وهذا اذا أقر أنه لم يصل اليها ولو اختلفا في الوطء فالقول له مع يمينه فان كانت ثيبا فان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا ينظر اليها النساء فان قلن هي بكر أجل سنة فان قلن هي ثيب حلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان أجل سنة (فلو قال) بعد مضي السنة قد (وطئت) فيها وهي بكر في الاصل (وأنكرت) المرأة وقلن بكر كما كانت (خيرت) المرأة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان حلف فلا خيار لها وان نكل خيرت (وان كانت ثيبا) في الاصل (صدق) الزوج (بحلفه) وبعد هذا (ان اختارته بطل حقها) فلا يكون خيارها وكذا لو وطئها مرة ثم عجز لا خيار لها ولو لم يكن له ماء ويجامع ولا ينزل لا يكون لها حق الخصومة ولو فرق بينهما لعدم الوصول ثم وجدها الوصول فتزوجها فعجز لا خيار لها لانها رضيت بخلاف ما لو تزوج اخرى وهي عالمة بحاله لا يكون رضا منها

(قوله وفي الاصل يكون رضا) على المذهب المفتى به بحر عن المحيط خلافا لتصحيح الخانية تنوير وشرحه (قوله بخلاف المجبوب فانها لو وجدت الخ) الضمير في فانها يعود على الكبيرة شيخنا (قوله ولم يخير احدهما بعيب) اما عدم خيار الزوج بعيب الزوجة فباتفاق علمائنا وقال الشافعي له ان يردها بالبرص والجنون والجذام والرتق والقرن واما عدم خيار الزوجة بعيب الزوج فقول أبي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لها ان ترده بالجنون والجذام والبرص دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة ولهما ان الجب والعنة يخلان بمقصود النكاح وهو الولد وهذه العيوب غير مخلة كالجرب والقروح الفاحشة حموي عن البرجندي ثم اذا وجدت رتقاء هل يشق جبرا عليها قال في البحر لم أره اقول وينبغي أن تجبر عليه لان التسليم الواجب عليها لا يمكن بدونه وفي القنية من الكراهية له شق أمته المشتراة وان تألمت نهر واقول ظاهر كلام القنية يفيد ان الزوجة لا تجبر على الشق ان كانت تتألم به ولا ينافي هذا ما قالوا في جانب عدم رد الزوجة بعيب الرتق لامكان شقه محله على ما اذا كان بدون تألم والرتق بفتح التاء الالتحام جمع رتقة ومصدر رتق وقولك امرأة رتقاء والقرن بفتح القاف وسكون الراء وقيل بفتحهما نهر (قوله وقال الشافعي ترد الزوجة الخ) واذا قضى به القاضي نفذ قضاؤه بحر (قوله بالعيوب الخمسة) لانها تمنع الاستيفاء حسا اوطبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد ورد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبرص وقال الحق باهلك حين وجد بكشحها وضحا او بياضا ولان النكاح يشبه البيع لانه عقد مبادلة والمبيع يرد بالعيب فكذا النكاح ولنا ان المستحق بالعقد هو الوطء وهذه العيوب لا تفوته بل توجب فيه خللا فقواته بالهلاك قبل التسليم لا يوجب الفسخ فاختلاله اولى ان لا يوجب وما رواه الشافعي لا يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب ولد اسمه زيد ولا حجة له في قوله عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد لانه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد اجماعا لانه يجوز ان يدنو منه ويشاب على خدمته زيلعي (قوله في الجنون) قال الزيلعي وجن الرجل على ما لم يسم فاعله فهو مجنون وأجنه الله تعالى فهو مجنون ولا يقال مجن وجاء ثلاثة من افعل على مفعول على غير قياس دون مفعل الاول هذا والثاني احزنه الله فهو محزون والثالث احبه الله فهو محبوب وجاء محب على الاصل في شعر عنترة

ولقد نزلت فلا تظني غيره * مني بمنزلة المحب المكرم

(قوله والجذام) عبارة الزيلعي والمجذوم هو الذي به الجذام وهو داء يشق الجلد ويقطع اللحم ويتساقط منه والفعل جذم على ما لم يسم فاعله بمعنى اصابه الجذام وهو مجذوم ولا يقال أجذم انتهى وفي البحر عن القاموس يقال أجذم ووهم الجوهري في منعه انتهى (قوله وقال محمد لها الخيار الخ) اذا كان بالزوج عيب فاحش لا تطيق المقام معه لانها تعذر عليها الوصول الى حقها المعنى فيه فكان كالجب والعنة بخلاف ما اذا كان بها عيب لان الزوج قادر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ولنا ما سبق من ان المستحق بالعقد هو الوطء وهذه العيوب لا تفوته وفي الجب والعنة اجماع الصحابة ولا يمكن القياس عليهما لانهما يعدمان المقصود من النكاح وهو قضاء الشهوة وغيرهما من العيوب لا يعدمه بل يخل به زيلعي (تتمة) تزوجت على انه حر او سني أو قادر على المهر والنفقة فبان بخلافه او على انه فلان بن فلان فاذا هو لقيط أو ابن زنا كان لها الخيار فليحفظ در عن البهنسي

(باب العدة)

هي بالكسر الاحصاء وبالضم الاستعداد للامر وشرعا تربص المرأة والرجل عند وجود سببه وسبب وجوبه عندنا النكاح المتأكد بالتسليم او ما يجري مجراه من الخلوة او الموت وشرطها الفرقة وركنها حرمات

ثابتة

وفي الاصل يكون رضا ولو كانت زوجة العنين أو الخصي صغيرة لا يفرق وليها لاحتمال أن تبلغ فترضى وإن وجدت كبيرة زوجها الصغير عنينا تنتظر بلوغه بخلاف المجبوب فانها لو وجدت زوجها الصغير مجبوبا وطلبت الفرقة يجعل وليه خصما والا نصب القاضي عنه خصما ويفرق ولا ينتظر بلوغه لعدم الفائدة ولو كان زوج البالغة صغيرا عنينا أو خصيا ينتظر بلوغه (ولم يخير أحدهما بعيب) وقال الشافعي ترد الزوجة بالعيوب الخمسة الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن وهو مانع يمنع من السلوك في الفرج وقال محمد لها الخيار في الجنون والجذام والبرص ثم قيل كيف يعرف أنها بكر أم ثيب قالوا يوضع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان أمكنها أن تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل تكسر البيضة وتصب في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر
(باب العدة)

ولما كانت العدة عقب الفرقة أخرها عن سببها (هي تربص) وانتظار (يلزم المرأة) عند زوال النكاح أوشبهته (عدة الحرة للطلاق) مطلقا سواء كان بائنا أو رجعيا (أو الفسخ) بغير الطلاق

ثابتة بها ومواضع تربصه عشرون مذكورة فى الخزانة حاصلها يرجع الى ان من امتنع نكاحهما عليه المانع لابد من زواله كنكاح اختها واربع سواها زيلعى ونهر وهى حق الشرع ولهذا لا تسقط لواسقطاها ولا تحل لها الخروج لو أذن لها الزوج وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد زيلعى فى الكلام على الخلوة (قوله ولما كانت العدة الخ) عبارة المفتاح اورد العدة بعد ذكر وجوه الفرق من الطلاق والايلاء والخلع واللعان واحكام العنين لان العدة أثر الطلاق والاثر يتبع المؤثر حموى (قوله عقب الفرقة) اطلقها فعم مالونشأت عن طلاق اوغيره كالايلاء ونحوه فيرجع لما سبق عن المفتاح واعلم ان الفرقة شرط للعدة والسبب النكاح اوشبهته كما سبق فالاضافة فى عدة الطلاق الى الشرط لا الى السبب وحكمها حرمة نكاح اختها واربع سواها كما سبق ومنه حرمة نكاحها على غيره وأنواعها حيض ووضع وأشهر قال الشيخ قاسم قلت حرمة نكاح غيره عليها من ركنها فكيف يكون من حكمها قال فى الشرنبلالية فليتأمل قال شيخنا أمر بالتأمل لانه لا يظهر وجه كونها ركنا وان صرح به الزيلعى واعلم أن الشارح لم يتعرض لكون الفرقة سببا أوشرطا فاذكره السيد الحموى متعقبا لقول الشارح أخرها عن سببها حيث قال فيه ان الفرقة شرط لها لا سبب لعله بحسب ماوقع له فى نسخته من زيادة قوله عن سببها وجوابه أنه تابع للهداية فانه ذكر أن السبب هو الطلاق والموت قال الزيلعى وهو يجوز لكونه معملا للعلة قاله عند قول المصنف ومبدأ العدة هو الطلاق والموت انتهى (قوله هى تربص وانتظار الخ) عبارة البرجندى العدة انتظار مدة معلومة يلزم المرأة بعد زوال النكاح المتأكد بالدخول يعنى حقيقة أو حكما أو الموت ومنه يعلم مافى كلام الشارح من القصور اذا طلاق قوله عند النكاح شامل لغير المتأكد نعم يرد على البرجندى مالو كان النكاح فاسدا ومالوزفت اليه غير امرأته فوطئها ولو زاد بعد النكاح أوشبهته لم يرد عليه شئ وتقييد الوطء بكونه عن شبهة للاحتراز عما لو تزوج امرأة الغير عالما بذلك ودخل بها حيث لا تجب العدة حتى لا يحرم على الزوج وطؤها وبه يفتى لانه زنا بحر وفيه عن فتح القدير تنقضى عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بأن وطئها وهى معتدة عالما بحرمتها بخلاف مالوادعى الشبهة أوكان منكرا طلاقها فانها تستقبل العدة انتهى والمراد بالدخول الحكمى فى كلام البرجندى مالو طلقها بعد الخلوة الصحيحة وتفسير الخلوة الصحيحة مر فى كتاب النكاح وان كانت الخلوة فاسدة فان كان الفساد لامر شرعى مع التمكن من الوطء حقيقة كصوم الفرض وصلاة الفرض والاحرام كان عليها العدة وان كان الفساد لعجزه عن الوطء حقيقة بأن كان مريضا كما فى الظهيرية لا تجب عليها العدة وكذا لو طلقها قبل الخلوة شيخنا عن الخانية فما ذكره عزمى زاده من وجوب العدة بالخلوة مطلقا ولو فاسدة غير مسلم على اطلاقه واعلم أنه يستثنى من عدم وجوب العدة بالطلاق قبل الدخول مالو عقد على مبانته فى العدة وطلقها قبل الدخول فان العدة واجبة عليها لان الدخول فى الاول دخول فى الثانى حكما شرنبلالية (قوله يلزم المرأة) غير شامل لعدة الصغيرة اذ لا يلزمها التربص وان كان الوجوب على وليها بان لا يزوجها حتى تنقضى العدة فلو عرفها بما فى البدائع بالاجل المضروب لانقضاء مابقى من آثار النكاح لشمل نهر قلت لكن صرح الزيلعى بالوجوب على الصغيرة شرنبلالية (قوله عند زوال النكاح أوشبهته) لابد من زيادة أوفراشه ليشمل عدة أم الولد اذا مات عنها مولاها أو أعتقها والتقييد بام الولد للاحتراز عن المدبرة والامة اذا اعتقت أومات سيدها فانه لا عدة عليها بالاجماع بحر ولو كان يطأها شرنبلالية (قوله عدة الحرة) ولو كتابية تحت مسلم در (قوله للطلاق أوالفسخ) زاد فى الايضاح والاصلاح أو الرفع وقرر أن النكاح بعد تمامه لا يقبل الفسخ عندنا فكل فرقة بغير طلاق قبل تمام النكاح كالفرقة بخيار البلوغ والفرقة بخيار العتق والفرقة بعدم الكفاءة فسخ وكل فرقة بغير طلاق بعد تمام النكاح كالفرقة بملك أحد الزوجين الآخر والفرقة بتقبيل ابن الزوج ونحوه رفع وهذا واضح عند من له خبرة فى هذا الفن قال فى النهر وهذا التقسيم لم نر من عرج عليه والذى ذكره أهل الدار ان القسمة ثنائية وأن

الفرقة بالتقبيل من الفسخ كما قدمناه قال السيد الحموى وأيضا مقتضى كونه رفعا أن يكون منقصا للعدد اذا الطلاق برفع القيد وليس كذلك ولا بدّ أن يكون ذلك بعد الدخول أو ما يقوم مقامه كما مر وتركه المصنف لشهرة انه قبل الدخول لا تجب العدّة انتهى يعنى الا المبانة اذا عقد عليها فى العدّة ثم طلقها قبل الدخول كما سبق عن الشرنبلالية قال فى البحر ولم أر ما لو أدخلت منيه فى فرجها من غير ايلاج فى قبلها والمذكور فى كتب الشافعية وجوبها ولا يبعد أن يحكم على أهل المذهب به لاحتياجها الى تعرف براءة الرحم انتهى قال فى النهر وينبغى أن يقال ان ظهر حملها كان عدّتها وضع الحمل والا فلا عدّة عليها انتهى وتعقبه السيد الحموى بقوله وفيه أن هذا لا يخرج عما ذكره صاحب البحر وفيه نظر لان ما ذكره فى البحر شامل لما اذا ظهر حملها أو لم يظهر والثمرة تظهر فيما لو تزوّجت قبل التعرف عن براءة الرحم ثم ظهر خلو رحمها صح النكاح على ما ذكره فى النهر اذ لا عدّة عليها عند عدم ظهور الحمل لا على ما ذكره فى البحر لانه أوجب العدة عليها مطلقا (تتمة) قال فى البحر وقدمنا فى فصل المحرمات أن العدة لا تظهر فى حق المطلق حيث كان دون الثلاث وهكذا فى الفسخ فلو اشترى زوجته بعد الدخول لا عدّة عليها له وتعتد لغيره حتى لا يزوّجها من الغير حتى تحيض حيضتين ولهذا لو طلقها السيد فى هذه الحالة لم يقع طلاقه لانها معتدّة بالنسبة الى غيره ولهذا تحل له بملك اليمين بخلاف ما اذا اشترت الحرة زوجها بعد الدخول وقد كان قال لها أنت طالق للسنة وهى حائض ثم طهرت من حيضها وقع الطلاق بدليل حرمة وطئها انتهى (قوله كما فى الفرقة بخيار العتق الخ) أو بالردّة أو عدم الكفاءة (قوله أو ملك أحد الزوجين صاحبه) ولا يرد ما لو ملك المكاتب زوجته حيث لا ينفسخ النكاح لانه لم يملكها حقيقة كما فى الدر من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله واعلم أن ظاهر قول الشارح وغيره كصاحب الدر أو ملك أحد الزوجين صاحبه يفيد وجوب العدة فيما اذا ملك زوجته أو ملكته بلا فرق وبه صرح الزيلعى فى الاحداد وذكره أيضا فى النسب بأصرح مما فى الاحداد ويخالفه ما فى الشرنبلالية من تقييده الاطلاق بما اذا ملكته لا اذا ملكها ثم ظهر لى أنه لا تخالف بوجه فما فى الشرنبلالية يحمل على أنه بالنسبة اليه وما صرح به الزيلعى من وجوب العدة مطلقا من غير فرق بينهما يحمل على انه بالنسبة لغيره فلا يجوز له بعد أن ملكها تزويجها الا اذا انقضت عدتها بحيضتين كما تقدم بل لا عدة عليها له أيضا لو ملكته فانه يتزوجه على ما يفهم من كلامهم (قوله ثلاثة أقراء الخ) بالنصب على الظرفية أى فى مدة ثلاثة أقراء خبر عدة ليلائم كون مسمى العدة تربصا يلزم المرأة والرفع انما يناسب كون مسماها نفس الاجل ولما كانت الاقراء مشتركا لفظيا بين الحيض والطهر والمراد الاول فسره بقوله أى حيض ولم يقل ابتداء ثلاث حيض اتباعا للنص نهر (قوله ان كانت حائضا) الاولى أن يقول ان كانت ممن تحيض وانما قلنا الاولى ولم نقل الصواب لان اسم الفاعل كما يستعمل فى الحال حقيقة يستعمل فى الاستقبال مجازا حموى (قوله وعند الشافعى ثلاثة اطهار) وهو مذهب مالك وبه كان يقول ابن حنبل ثم رجع لهم حديث ابن عمر وهو أنه عليه السلام أمره أن يراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ثم قال فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء فهذا نص على أن العدّة هى الطهر ولان تذكير الثلاثة باثبات التاء دليل ارادة الطهر اذ لو كان المراد الحيض لقيل ثلاث قروء بلا تاء لان مفرده مؤنث وهو الحيضة ولنا قوله عليه السلام عدة الامة حيضتان والامة لا تخالف الحرة فى جنس ما يقع به العدة وانما تخالفها فى العدد ولان الله تعالى نص على الثلاثة وعلى الجمع بقوله ثلاثة قروء والثلاثة اسم لعدد معلوم لا يجوز اطلاقه على الاكثر أو الاقل وحمله على الاطهار يؤدّى الى أنه أطلق على الاقل وهو طهران وبعض الثالث كما هو مذهبهم وكذا الجمع الكامل هو الثلاثة وهو حقيقة فيه فكان أولى ولا يقال يجوز اطلاق لفظ الجمع على اثنين وبعض الثالث كقوله تعالى الحج أشهر معلومات لانا نقول ذلك فى الجمع المجرّد عن العدد وأما العدد والجمع المقرون به فلا ولان العدة شرعت للتعرف عن براءة الرحم وهو بالحيض كالاستبراء ولهذا لو اعتدت الآيسة بالاشهر ثم رأت

كما فى الفرقة بخيار العتق أو البلوغ أو ملك أحد الزوجين صاحبه بعد الدخول (ثلاثة أقراء أى حيض) ان كانت حائضا هذا عندنا وعند الشافعى ثلاثة اطهار وفائدة الخلاف فيما اذا طلق امرأته فى طهر لم يجامعها فيه لا تنقضى العدة عندنا ما لم تطهر من الحيضة الثالثة وعنده كما شرعت فى الحيضة الثالثة انقضت عدتها (أو ثلاثة أشهر

الدم

الدم يجب عليها استئناف العدة وفي قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض وقوله واللائي لم يحضن اشارة الى ان المعتبر هو الحيض الا ترى أنه شرط للاعتداد بالاشهر عدم الحيض ولا تمسك لهم بتذكير الثلاث لان لفظ القرء مذكر فباعتباره يذكر لان الشيء اذا كان له اسمان مذكر ومؤنث كالبر والحنطة جاز تذكيره وتأنيثه زيلعي (قوله ان لم تحض) قيد به لان التي حاضت ثم امتد طهرها لا تعتد بالاشهر الا اذا بلغت سن الاياس وعن مالك انقضاؤها بحول وقيل بتسعة أشهر ستة لاستبراء الرحم وثلاثة أشهر للعدة ولو قضى به قاض نفذ قال الزاهدي وكان بعض أصحابنا يفتي به للضرورة وفي البزازية الفتوى في زماننا على قول مالك في عدة الآيسة قال في النهر وانت خبير بانه لا داعي الى الافتاء بقول نعتقد انه خطأ يحتمل الصواب مع امكان الترافع الى مالكي يحكم به وفي نكاح الخلاصة قيل لحنفي ما مذهب الشافعي في كذا وجب عليه أن يقول قال ابو حنيفة كذا لما قلنا انتهى واقول فيه نظر فان الداعي الى الافتاء بقول مالك الضرورة وذلك عند عدم وجود قاض مالكي خصوصا وديارا كثر اصحابنا او راء النهر لا يكاد يوجد بها قاض مالكي وما نقله عن الخلاصة مفروض في غير الضرورة حموي واعلم ان الافتاء بقول مالك هو عين التقليد ولا نزاع في جوازه بشرط عدم التلفيق على ما ذكره الشيخ حسن وافرده برسالة وخالفه ما ذكره العلامة ابن المنلا فروخ حيث صرح بجواز العمل بالتلفيق وأطال في الكلام على ذلك على وجه التحقيق وافرده برسالة أيضا وعزا القول بجواز التلفيق لابن الهمام في التحرير ولصاحب البحر في بعض رسائله وانه قال اى صاحب البحر منع العمل بالتلفيق خلاف المذهب ولغير صاحب البحر أيضا من علماء خوارزم بل عزا العمل بالتلفيق لابي يوسف لكن كلام العلامة نوح افندي في رسالته المتعلقة بمسائل المسبوق يؤيد ما ذكره الشيخ حسن (قوله او بلوغ بالسن) اى خمسة عشر سنة عناية (قوله أو كافرة) يعني ذمية حموي (قوله للموت) ينظر حكم ما لو كان الزوج غائبا ومات هل تكون عدتها من وقت الموت او من وقت بلوغ الخبر حموي وأقول سيأتي ان الشارح يقول عند قول المصنف ومبدأ العدة بعد الطلاق والموت مطلقا سواء علمت الطلاق أو الموت أو لا حتى لو لم تعلم ومضت مدة العدة انقضت عدتها وفي النهاية اختلف السلف في هذه المسئلة في فصول اربعة الاول أن من السلف من يقول لها عدتان الطولى وهي الحول والقصرى وهي أربعة أشهر لقوله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج فان خرجن أي بعد أربعة أشهر فلا جناح عليكم والجواب أن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشرا الثاني أن المعتبر عشرة أيام وعشر ليال من الشهر الخامس عندنا وكان عبد الله بن عمرو بن العاص يقول عشر ليال وتسعة ايام حتى يجوز لها أن تتزوج في اليوم العاشر لظاهر قوله تعالى وعشرا والجواب ان ذكر أحد العددين من الايام والليالي بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الآخر الثالث أن المتوفى عنها زوجها لو كانت حاملا تعتد بوضع الحمل عندنا وهو قول عمر وابن مسعود وكان علي يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة أشهر وعشر الرابع ان عدة الوفاة معتبرة من وقت موت الزوج عندنا وهو قول ابن مسعود وابن عباس وكان علي يقول من حين تعلم (قوله أربعة أشهر الخ) لان الجنين يتحرك في ثلاثة ان كان ذكرا وفي أربعة ان كان انثى فاعتبر اقصى الاجلين وزيد عليه العشر استظهارا قاله القاضي في تفسيره وتعقب بما في الصحيح انه يكون في البطن أربعين نطفة ومثلها علقة ومثلها مضغة ثم تنفخ فيه الروح اللهم الا ان يكون معنى الحديث ان كمال النفخ في كل عضو لا يكون الا بعد المدة المذكورة وهو لا ينفي النفخ في بعضها قبل المدة المذكورة قاله السكاكري وفي ولا بد من بقاء النكاح صحيحا الى وقت الموت حتى لو اشترى المكاتب زوجته ومات عن وفاء لم تجب عدة الوفاة لفساد النكاح قبل الموت فتعتد بحيضتين نهر (قوله وعشر ليال) يخالفه ما في الدرر حيث قال في تفسير قول المصنف وللموت أربعة أشهر وعشر أي عشرة أيام قال شيخنا فعلم من شرحه ان حق التركيب وعشرة بالتاء لان عشرة قبل التركيب تجري على خلاف القياس قال الوالي الان الفقهاء قالوا كذلك صونا للنظم

ان لم تحض) لصغر أو اياس أو بلوغ
بالسن من غير رؤية حيض (و) عدة
الحرة مطلقا سواء كانت صغيرة أو كبيرة
أو كافرة أو مسلمة موطوءة أو غير
موطوءة (للموت أربعة أشهر وعشر)
ليال فيتناول ما بازائها من الايام (و)
عدة (الامة)

الشريف عن التغيير وتبركا به وقيل السر فيه ان العرب يعتبرون الشهور القمرية والليل مقدم فى هذا المعنى لان رؤية الهلال فى الليل انتهى ومافى النهر من قوله وتأنيث العشر باعتبار الليالى خلاف الظاهر وكان الظاهر ان يقول وتذكير العشر ولعله أراد تأنيثه لو صرح بالليالى المضاف الى العشر لانه وان ذكر بتجرده من التاء فهو مؤنث لاكتسابه من المضاف اليه شيخنا (قوله والمدبرة وام الولد الخ) عطف المدبرة ومابعده على الامة من عطف الخاص على العام بدليل مافى الشرنبلالية من ان المراد بالامة من بها رق كام الولد والمدبرة والمكاتبة ومعتقة البعض انتهى و يجوزان يراد بالامة من لم يصبها شائبة الحرية وهو الظاهر وعليه فالعطف للمغايرة (قوله أى حيضتان) لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لاتتجزأ فكملت درر (قوله وعدة الحامل) ولو من زنا بان تزوج حبلى من زنا فدخل بها ثم مات أوطلقها تعتد بالوضع در عن جواهر الفتاوى و يتعين ان يراد بالدخول فى كلامه الخلوة ولو عبر به لكان أولى اذلا يجوز له وطؤها قبل الوضع (قوله اومتوفى عنها زوجها) لقول ابن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد اربعة أشهر وعشر زيلعى يعنى سورة يا أيها النبى اذا طلقتم النساء الخ نزلت بعد الذى فى سورة البقرة يريد ان قوله تعالى وأولات الاحمال متأخر عن قوله تعالى يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا فى ذوات الاحمال عناية وفى النهر عن البزازية قالت المعتدة ولدت لا يقبل قولها بلا بينة فان طلب يمينها بالله لقد اسقطت سقطا مستبين الخلق حلفت اتفاقا واعلم ان المعتدة لو حملت فى عدتها من وطء بشبهة فعدتها وضع الحمل ان كانت معتدة من طلاق اما عدة الوفاة فلا تتغير بالحمل نهر عن البدائع (قوله وضعه) او وضع اكثره على مافى الزيلعى من ثبوت النسب او وضع نصفه على مافى منية المفتى حيث قال خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الراس سوى الراس انقضت العدة والبدن من المنكبين الى الاليتين انتهى ومافى الظهيرية من قوله لو ظهر منها اكثر الولد انقضت عدتها لكن لاتحل للازواج وقيل تحل انتهى ظاهره ترجيح عدم الحل حيث حكى المقابل بقيل وفى النهر عن قاضيخان لو خرج منها اكثر الولد قالوا ان كان الطلاق رجعيا ينقطع حق الرجعة ولا يحل لها ان تتزوج احتياطا وذكر الزيلعى انها لو وضعت وزوجها على سريره انقضت عدتها وحل لها ان تتزوج ولا معنى لقول من قال تنقضى عدتها بوضع الحمل ولا يجوز لها ان تتزوج حتى تطهر من نفاسها لانها اذا لم تكن تحت زوج ولا معتدة ولا حبلى بثابت النسب اوغيره فقد خلت من الموانع الشرعية فتحل ضرورة ولكن لا يطؤها حتى تطهر وحرمة الوطء لاتمنع صحة النكاح كالحائض (فرع) مات الحمل فى بطنها ومكث مدة فاذا تنقضى عدتها قال فى البحر لم ار المسئلة و ينبغى انها تبقى معتدة الى ان ينزل اوتبلغ مدة الاياس انتهى (قوله ابعد الاجلين) ثم هذا الحكم ثابت فيما اذا قال لزوجاته احداكن طالق بائن ومات بلا بيان فعلى كل واحدة ان تعتد بابعد الاجلين نهر (قوله اى عليها اربعة اشهر وعشر اذا كان اطول الخ) معناه انها تعتد باربعة اشهر وعشر فيها ثلاث حيض حتى لو اعتدت باربعة اشهر وعشر ولم تحض كانت فى العدة مالم تحض ثلاث حيض وان حاضت ثلاث حيض قبل تمام اربعة أشهر لا تنقضى عدتها حتى تتم العدة نهاية (قوله وقال ابو يوسف ثلاث حيض) وهو القياس لان النكاح زال به أى بالطلاق و بقى فى حق الارث حكما احتياطا لاجماع الصحابة وجه الاستحسان انها لما ورثته جعل النكاح قائما حكما الى الوفاة اذلا ارث الا به فكذا فى حق العدة بل أولى زيلعى ومافى العينى من قوله وعند أبى يوسف تعتد عدة الوفاة سبق قلم وصواب العبارة عدة الطلاق كما فى الزيلعى (قوله وهذا اذا كان الطلاق بائنا) بخلاف ابى يوسف انما هو فيما اذا مات الفار قبل انقضاء عدتها من طلاق بائن واما المطلقة الرجعية اذا مات زوجها قبل تمام ثلاث حيض فيمن تحيض أوثلاثة أشهر ان لم تحض تنتقل الى عدة الوفاة من غير خلاف نهر (قوله اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة اجماعا) قال فى الشرنبلالية هو متعلق بامرأة الفار ولا يصح هنا اطلاق الفار على المطلق رجعيا وهذا

والمدبرة وام الولد والمكاتبة فى الطلاق والفسخ (قرءان) أى حيضتان (ونصف المقدر) ان لم تحض أو مات عنها زوجها وقال مالك لها ثلاث حيض (و) عدة (الحامل) مطلقا سواء كانت حرة أوأمة أومطلقة أومتوفى عنها زوجها (وضعه و) عدة (زوجة الفار ابعد الاجلين) أى عليها أربعة أشهر وعشر اذا كانت أطول من العدة بالحيض وحيض ان كان أطول من العدة بالاشهر وقال أبو يوسف ثلاث حيض وهذا اذا كان الطلاق بائنا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة اجماعا

أيضا ليس صحيحا حكما لاقتضائه انها اذا طلقت رجعيا وزوجها مريض فانقضى لها اربعة أشهر وعشر وهو حى لا ترثه مع بقاء شئ من حيضها وهذا خطأ باطل لبقاء عدتها لانها من ذوات الاقراء وقد طلقت رجعيا فعدتها بالحيض ولو طال الزمن لا بد من انقضاء ثلاث حيض ويقتضى أيضا انها اذا حاضت ثلاث حيض وهو حى ولم تمض اربعة أشهر وعشر ترث منه وقد صارت أجنبية وهو غير فار وهو خطأ أيضا واما اذا مات وقد بقى من عدتها بالحيض شئ فانها تنتقل لعدة الوفاة وليست مما نحن فيه فان الكلام فيمن يموت زوجها الفار فى عدتها والمطلقة رجعيا ليس زوجها فارا وعدتها بحسب حالها ان كانت تحيض فبثلاث حيض والا فبثلاثة أشهر وللحامل وضعه وقد وقع الايهام فى كثير من الكتب كالكافى والاكمل فاجتنبه ومنه قوله فى شرح المجمع قيدنا طلاقها بالبينونة لانه اذا كان رجعيا فعدتها عدة الوفاة اتفاقا وقد نبه عليه محقق بمثل ما قلنا فقيده بقوله هذا اذا مات وعدة الطلاق باقية لانها حينئذ زوجة وعلى الزوجة تربص أربعة أشهر وعشر أما اذا كانت منقضية فلم تكن زوجة فلا يجب عليها لموته شئ ولا ترث انتهى (قوله ومن عتقت فى عدة الطلاق الرجعى الخ) يعنى اذا طلق امرأته الامة طلاقا رجعيا ثم أعتقها المولى فى العدة حموى (قوله لا البائن والموت) أى موت الزوج لزوال النكاح ولم يتكامل الملك بعده والطلاق فى الملك الناقص لا يوجب عدة الحرائر فلا تنتقل عدتها بخلاف ما لو آلى منها ثم أبانها ثم أعتقها سيدها حيث تصير مدة ايلائها مدة ايلاء الحرائر ولا فرق فيه بين البائن والرجعى والفرق ان البينونة ليست من أحكام الايلاء فالبائن والرجعى فيه سواء بخلاف العدة فان سببها الطلاق وهى تعقبه فيعتبر فيها صفته وقوله كالحرة فى محل الرفع على انه خبر عن قوله ومن عتقت أى الامة التى عتقت فى عدة الرجعى عدتها كعدة الحرة عينى وفى الظهيرية واذا اشترى زوجته الامة وله منها ولد فاعتقها فعليها ثلاث حيض حيضتان بسبب النكاح ويجب الحداد فيهما وحيضة ثالثة بسبب العتق ولا يجب فيها الحداد حموى عن البرجندى (قوله فتنتقل عدتها الخ) لبقاء النكاح فى الرجعى دون الآخرين وقد تنتقل العدة ستا كامة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فتعتد بشهر ونصف فحاضت تصير حيضتين فاعتقت تصير ثلاثا فامتد طهرها بالاياس تصير بالاشهر فعاد دمها تصير بالحيض فمات زوجها تصير أربعة أشهر وعشرا در ولو اطلق الطلاق فى قوله كامة صغيرة الخ ولم يقيده بكونه رجعيا لكان اولى اذ الحكم لا يختلف (قوله وقال مالك لا يزاد بالعتق) مقتضاه الاكتفاء بحيضتين فى الامة عند الامام مالك وينافيه ما ذكره الشارح بعد قول المصنف والامة قرءان ونصف المقدر من قوله وقال مالك لها ثلاث حيض (قوله ومن عاد دمها الخ) من واقعة على الآيسة وتقدير كلامه وعدة آيسة عاد دمها بعد ان شرعت فى العدة بالاشهر الحيض (قوله انتقض ما مضى) وكذا اذا حبلت من زوج آخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها لانه تبين انها من ذوات الاقراء اذ الآيسة لا تحبل والصغيرة اذا حاضت بعد انقضاء عدتها بالاشهر لا تستأنف لانه لا يتبين انها كانت من ذوات الاقراء بخلاف ما اذا حاضت فى اثناء العدة حيث تستأنف تحرزا عن الجمع بين الاصل والبدل ثم قولهم تحرزا عن الجمع بين الاصل والبدل مستشكل كما فى النهاية بمن شرع فى صلاة بوضوء فسبقه الحدث فلم يجد الماء فانه يتيمم ويبنى وبمن شرع فى الصلاة فصلى بعضها بركوع وسجود فعجز عنهما فانه يتم الصلاة بالايماء وأجيب بان الايماء ليس بدلا عن الركوع والسجود لان البعض لا يصلح ان يكون بدلا عن الكل وكذا التيمم ليس ببدل عن الوضوء وانما هو خلف بخلاف الاعتداد بالاشهر فانه خلف عن الاعتداد بالحيض فلا يجوز تكميل أحدهما بالآخر انتهى (قوله على العادة) لان مجرد وجوده لا يوجب كونه حيضا لجواز كونه دما فاسدا وقيدوه أيضا بكونه أحمر أو أسود فلو كان أصفر أو أخضر أو تربية لا يكون حيضا وعليه الفتوى واكثر المشايخ نهر وفيه أقوال أخر بحجة أيضا منها ما اختاره الشهيد وسيأتى فى كلام الشارح انها ان رأته قبل تمام الاشهر استأنفت لا بعده (قوله لان عودها) أى العادة (قوله لا تقدير فى حد الاياس) هو ظاهر الرواية نهر (قوله ما لا يحيض مثلها) فى تركيب بدنها وسمنها وهزالها

(ومن عتقت فى عدة) الطلاق (الرجعى
لا البائن و) لا فى عدة (الموت كالحرة)
فتنتقل عدتها الى عدة الحرائر وقال
مالك لا تزاد بالعتق وقال الشافعى
عدتها عدة الحرائر فى البائن والموت
أيضا (ومن عاد دمها بعد الاشهر
الحيض) أى اذا كانت آيسة فاعتدت
بالاشهر ثم رأت الدم انتقض ما مضى
من عدتها وعليها أن تستأنفها بالحيض
قال صاحب الهداية معناه اذا رأت دما
على العادة لان عودها يبطل الاياس
هو الصحيح وقال صاحب المحيط لا تقدير
فى حد الاياس بالسنين فى رواية
وايسها على هذه الرواية ان تبلغ من
السن ما لا يحيض مثلها

(قوله فاذا رأت بعد ذلك ما يكون حيضا الخ) حق العبارة فاذا رأت بعد ذلك دما يكون حيضا الخ (قوله يكون حيضا) على هذه الرواية وقيل لا تستأنف أيضا على رواية عدم التقدير وهو المختار نهر عن الاسبيجابي (قوله يقدر بخمس وخمسين) وعليه الفتوى نهر وقيل بخمسين قيل وعليه الفتوى وقيل بستين وقال الصفار بسبعين (قوله فاذا رأت الدم الخ) مثله في الخلاصة الآيسة اذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ الا اذا قضى القاضي بجواز النكاح فانه لا يكون فاسدا والاصح ان النكاح جائز ولا يشترط القضاء وفي المستقبل العدة بالحيض انتهى وهذا مبني على رواية النوازل وهي أعدل الروايات وفي البزازية ولا تبطل الانكحة وبه يفتى ولك أن تخرج كلام المصنف عليها نهر اذ قوله ومن عاد دمها بعد اشهر الحيض محتمل لان يراد الحيض في المستقبل كما يحتمل ارادة الحيض في الماضي شيخنا (قوله ويبطل به الاعتداد بالاشهر) وقيل انما ينتقض هذا في المستقبل فلا تعتد بعد ذلك الا بالحيض لا فيما مضى فلا تفسد الانكحة وصححه في النوازل نهر (قوله على أي صفة رأت) أي سواء رأته على العادة أم لا فهو مقابل لما سبق عن الهداية (قوله ان كانت رأت الدم قبل الاعتداد بالاشهر) هكذا جرى على التقييد المذكور صدر الشريعة تبعا للصدر الشهيد فما في الدرر من قوله ما وقع في صدر الشريعة من تقييد المسئلة بما قبل الانقضاء كانه سهو من الناسخ والصواب بعد الانقضاء غير مسلم ولهذا قال عزمي والعجب أن صاحب الدرر مع قوله في باب دماء تختص بالنساء ان هذا القول هو المختار كيف جعل كلام صدر الشريعة على السهو (قوله نكاحا فاسدا) فلا عدة في باطل وكذا موقوف قبل الاجازة كما في الاختيار لكن الصواب ثبوت العدة والنسب در ولم أر من مثل للباطل لظهوره اذ هو الذي عقد بلفظ من الالفاظ التي لا ينعقد بها النكاح (قوله كالنكاح بغير شهود) ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل عند الامام نهر (قوله والولي) أي وكالنكاح بغير الولي بالنسبة لصغيرة ونحوها اذا كان لها ولي فخرج غير الصغيرة والتي لا ولي لها وقد يقال أراد بالولي من له ولاية النكاح وان لم يكن عصبة كالام والقاضي والمراد بنحو الصغيرة المجنونة والمعتوهة (قوله بان زفت اليه غير امرأته) تصوير للموطوءة بشبهة الملك وقوله أو تزوج منكوحة الغير الخ تمثيل للموطوءة بشبهة العقد شيخنا وللموطوءة بشبهة أن تقيم مع زوجها الاول وتخرج باذنه في العدة لقيام النكاح بينهما وان حرم الوطء حتى تلزمه نفقتها وكسوتها بحر يعني اذا لم تكن عالمة راضية در (قوله ولم يعلم بحالها) فان علم كان زنا ولا عدة فيه ولا يحرم على زوجها وطؤها وبه يفتى نهر (قوله وأم الولد الحيض) ولا نفقة لها في العدة لانها عدة وطء كالمعتدة من نكاح فاسد وانما استوى فيها الموت والعتق لانها وجبت لتعرف براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعروف في غير الحامل والآيسة فلا تختلف بين الموت وغيره ولم يكتف بحيضة لان الوطء بشبهة كالفاسد والفاسد يلتحق بالصحيح وعدة أم الولد وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح وفراش أم الولد وان كان اضعف من فراش المنكوحة الا انهما يشتركان في أصل الفراش والمحل محل الاحتياط فالحق القاصر بالكامل احتياطا واما منافيه عمر فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض قيد بأم الولد لان المدبرة والقنة لا عدة عليهما لموت المولى أو عتقه جوهرة وبحر ونهر (قوله كالفرقة والعتق) أي كالفرقة أو عزمه على ترك وطئها في الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا والعتق في ام الولد (قوله وقال الشافعي الخ) وهو قول مالك أيضا زيلعي ووجهه انها وجبت بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء وجوابه علم مما قدمناه وهو ان عدتها وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح (قوله للموت) أي لموت الواطئ وقول العيني أي لموت ازواجهن ففيه من التغليب ما لا يخفى لان أم الولد عدتها بموت زوجها كالامة شيخ شاهين (تتمة) مات المولى والزوج ولا يدرى أيهما أول وبين موتهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها أن تعتد باربعة أشهر وعشر وان كان بين موتهما أكثر من ذلك تعتد باربعة أشهر وعشر لاحتمال تأخر الزوج و يعتبر فيها ثلاث حيض لاحتمال أن المتأخر هو المولى وانه مات بعد انقضاء عدتها

فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد ذلك ما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بالاشهر و ظهر فساد النكاح وفي رواية بقدر بخمس وخمسين سنة على ما قالوا فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع دمها حكم باياسها فاذا رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا عند البعض ولا يبطل به الاعتداد بالاشهر ولا يظهر فساد النكاح وقيل يكون حيضا ويبطل به الاعتداد بالاشهر و يظهر فساد النكاح وقال بعضهم ان كان القاضي قضى بجواز ذلك النكاح ثم رأت الدم لا يقضى بفساد ذلك النكاح وكان الصدر الشهيد يفتي بانها لو رأت الدم بعد ذلك على أي صفة رأت يكون حيضا ويفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل الاعتداد بالاشهر ولا يفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم بعد الاعتداد بالاشهر ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالاشهر (و) عدة (المنكوحة نكاحا فاسدا) كالنكاح بغير الشهود والولي (والموطوءة بشبهة) الملك أو العقد بأن زفت اليه غير امرأته أو تزوج منكوحة الغير ولم يعلم بحالها فوطئها (وأم الولد الحيض للموت

قوله قوله كالفرقة حقها هذه القولة والتي بعدها التأخير عن قوله للموت كما هو ظاهر

من الزوج وان لم يعلم ما بينهما فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة تعتد بأربعة أشهر وعشر ولا يعتبر فيها الحيض عيني (قوله وغيره) دخل تحت قوله وغيره عتقها وهو مقيد بان تكون من ذوات الحيض فان كانت من ذوات الاشهر ومات مولاها أو أعتقها فعدتها ثلاثة أشهر وان كانت حاملا فعدتها وضع الحمل كما سيأتي في الشارح وبأن لا تكون منكوحة ولا معتدة لزوج فان كانت لا عدة عليها من المولى اجماعا لانه لا فراش لها من المولى ووجوب العدة بزواله والحاصل أن الشرط في وجوب عدة المولى أن لا تحرم عليه بسبب من الاسباب وأسباب الحرمة عليه ثلاثة نكاح الغير وعدته والثالث تقبيل ابن المولى فلا عدة عليها بموت المولى أو اعتاقه بعد تقبيل ابنه كما في الخانية ولهذا لو أتت بولد بعد حرمتها الستة أشهر لا يثبت نسبه ما لم يدعه بحر وفي الاختيار طلقها الزوج وانقضت عدتها ثم مات المولى فعليها العدة لان الفراش عاد اليه وقد زال بالموت انتهى (قوله وعدة زوجة الصغير الخ) يعني غير المراهق لانه اذا كان مراهقا وجب أن يثبت النسب منه الا اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من العقد وهذا استحسان وعن الثاني رواية شاذة ان عدتها عدة الوفاة نهر وفي اطلاق اسم الزوجة ايماء الى انه لا فرق في الحكم بين الحرة والامة درر (قوله وضعه) لعموم آية وألات الاحمال در (قوله أي بعد الموت الشهور) بلاخلاف لانه لم يثبت وجوده وقت الموت لا حقيقة ولا حكما فتعينت الاشهر عند الموت فلا تتغير بحدوثه بعد ذلك بخلاف امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان نسبه ثابت الى الحولين ومن ضرورته وجوده عند الموت فتبين انه ليس بحادث حتى لو تيقن بحدوثه بان ولدته بعد الحولين كان الحكم كذلك زيلعي ولو ابدل قوله اذا حدث بها الحبل بقوله اذا ظهر بها الحبل لكان أولى (قوله وقيل ان تلد لاكثر من سنتين) وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع قال في الفتح وليس بشئ لان التقدير للحدوث باكثر من سنتين أو لسنتين كوامل ليس الا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة الى تأخير الحكم بالحدوث الى السنتين نهر (قوله وقال أبو يوسف الخ) مقتضاه انه قوله وليس كذلك اذ قد سبق عن النهر ان هذه رواية شاذة عنه (قوله أي لم يحتسب بحيض طلقت فيه) لان الواجب ثلاث حيض أو ثنتان بالنص فلا ينتقص عنها عيني (قوله وتجب عدة أخرى بوطء المعتدة بشبهة) في قوله بشبهة اشعار بانه لو كان الواطئ عالما بالحرمة لا تستأنف لكن فيه تفصيل قال في الظهيرية جامع مطلقته الثلاث في العدة مقرا بطلاقها تستأنف العدة و يتداخلان وان كان منكرا لا تستأنف وان وطئ المطلقة بائنا أو ثنتين من غير دعوى الشبهة ومع العلم بالحرمة تستأنف العدة وفي القنية اذا وطئ المختلعة في عدتها عالما بحرمتها قال قاضيخان لا تستأنف وقال صاحب المحيط تستأنف حموي عن البرجندي قيد بالمعتدة مع ان المنكوحة لو وطئت بشبهة ثم طلقها كان عليها عدة أخرى وتداخلتا لانه وضع المسئلة في وجوب الثانية بالوطء وهذه بالطلاق نهر (قوله سواء كان الواطئ أجنبيا أو زوجها) اعلم أن المرأة اذا وجب عليها عدتان فاما ان تكونا من رجلين أو رجل واحد فان كان الثاني كما اذا طلقها ثلاثا وقال ظننت أنها تحل لي أو طلقها بالفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك أن العدتين تداخلتا وان كان الاول وكانتا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة أو من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تداخلتا عندنا ويكون ما تراه من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام الثانية درر حتى لو كان الوطء بشبهة بعد انقضاء حيضة مثلا فحاضت حيضتين بعدها تمت العدة الاولى ووجب عليها أن تتم الثانية بحيضة ثالثة وهذا معنى التداخل عيني (قوله من طلاق بائن) لا يخفى أن تعبير الشارح بالبائن شامل لما لو كان الطلاق ثلاثا ولو عبر به كما في الدرر لاستغنى عن عطف قوله أو طلقها بالفاظ الكناية واعلم أن في وجوب العدة عليها اذا وطئ مبانته وادعى ظن الحل نظرا لان الشبهة فيه من قبيل شبهة الفعل والنسب لا يثبت فيها بالوطء ولو ادعى ظن الحل واذا لم يثبت النسب لم تجب العدة نهر عن الدراية وقال الكمال كل من حبلت في عدتها فعدتها أن تضع حملها والمتوفى عنها اذا حبلت بعد موت

وغيره) كالفرقة والعتق وقال الشافعي عدة أم الولد حيضة واحدة وان مات المولى عنها أو أعتقها وهي حامل فعدتها وضعه (و) عدة زوجة وهذا الصغير الحامل) هو صفة زوجة ولهذا نعت مخصوص بالاناث كحائض ولهذا لم يؤنث (عند موته وضعه و) عدة زوجة الصغير (الحامل بعده) أي بعد الموت (الشهور) والنسب منتف) من الصغير (فيهما) وتفسير قيام الحمل يوم الموت أن تلد بعد موته لاقل من ستة أشهر وانما يعرف حدوث الحبل بعد موته بان تضعه لستة أشهر فصاعدا عند الجمهور وقيل أن تلد لاكثر من سنتين وقال أبو يوسف والشافعي عدتها أربعة أشهر وعشر في الاولى أيضا (ولم يعتد) أي لم يحتسب (بحيض) التي (طلقت فيه وتجب عدة أخرى بوطء المعتدة بشبهة وتداخلتا) أي العدتان سواء كان الواطئ أجنبيا أو زوجها مطلقها بان قال ظننت أن المطلقة من طلاق بائن تحل قبل النكاح

الزوج فعدتها بالشهور أربعة أشهر وعشر انتهى ولا يعلم حدوث الحبل بعد الموت الا اذا جاءت به لاكثر من سنتين من وقت الموت (قوله والمرئى منهما) بيان للتداخل (قوله وتتم الثانية) أى تتم المرأة العدة الثانية وكذا لو بالاشهر أو بهما لو معتدة وفاة فلو حذف قوله والمرئى منهما لعمهما وعم الحائل لو حبلت فعدتها الوضع الا معتدة الوفاة فلا تتغير بالحمل قال فى الدر وصححه فى البدائع وأما معتدة الوفاة اذا تزوجت ودخل بها ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام أربعة أشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للآخر وتحتسب بما حاضت بعد التفريق فى عدة الوفاة أيضا تحقيقا للتداخل بقدر الامكان درر (قوله بعد الطلاق) سواء اعترف بالطلاق أو أنكره حتى لو ادعته عليه فى شوال وقضى به فى المحرم فالعدة من وقت الطلاق لا من وقت القضاء نهر عن البزازية وفيه عن الخلاصة وغيرها العدة فى الطلاق المبهم من وقت البيان وفيه عن الخانية أبانها ثم أقام معها زمانا ان مقرا بطلاقها تنقضى عدتها الا ان منكرا وفيه عن الذخيرة شهدا بطلاقها ثم بعد أيام عدلا فقضى بالفرقة فالعدة من وقت الشهادة لا القضاء انتهى والحاصل أن ما ذكره المصنف من أن مبدأ العدة بعد الطلاق لا يتمشى على عمومه بل يستثنى منه من بين طلاقها فان عدتها من وقت البيان لا من وقت قوله احدا كما طالق وان مات قبل البيان لزم كلا منهما عدة الوفاة تستكمل فيها ثلاث حيض شرنبلالية عن البزازية (قوله من وقت وجود الاقرار) فلو أقر بطلاقها فى زمان ماض فان كذبته أو قالت لا أدرى كان ابتداؤها من وقت الاقرار وتجب لها النفقة والسكنى وان صدقته فالفتوى أنه من وقت الاقرار أيضا نفيا للتهمة المواضعة لا قراره لها بدين اذا كان مريضا والتقييد بالاقرار يفيد أنه لو ثبت بالبينة ينبغى ان يعتبر وقت ان قامت لعدم التهمة ثم مع تصديقها لو كان قد وطئها كان عليه مهر ثان كما فى الاختيار ولا نفقة لها ولا كسوة نهر ودر واعلم أن قوله ولا نفقة لها ولا كسوة مرتبط بتصديقها لا بوطئها ولو ذكره مقدما على الوطء لكان أولى لما فى التأخير من الايهام اذ عدم النفقة والكسوة لا يشترط له وجود الوطء دل على ذلك قوله فى الشرنبلالية وان صدقته اعتدت من وقت الطلاق وقيل الفتوى على وجوبها من وقت الاقرار بلا نفقة كذا فى المواهب انتهى وكذا يدل عليه كلام التنوير أيضا وانما لم يجب لها النفقة مع تصديقها له فى اسناد الطلاق لقبول قولها على نفسها در (قوله سواء علمت الطلاق أو الموت أولا) لان الله تعالى أوجبها على المطلقة والمتوفى عنها زوجها وهما يتصفان بهما عقبهما درر (قوله فقد انقضت عدتها) لانها أجل فلا يشترط فيه العلم بالانقضاء (قوله ومشايخنا يفتون الخ) أطلقه فعم ما لو صدقته فى الاسناد أم لا وهو المفتى به كما سبق (قوله وهو اختيار مشايخ بلخ) وينبغى على قولهم أن لا يحل له التزوج بالاخت ولا بأربع سواها الا اذا انقضت العدة من وقت الاقرار لكن لا يجب لها نفقة العدة والسكنى حموى عن المفتاح وينبغى حمله على ما اذا صدقته فى الاسناد أما لو كذبته أو قالت لا أدرى يجب لها النفقة والكسوة والسكنى كما قدمناه (قوله وكذا الخلاف فى الاجارة الخ) ومدة الايلاء واليمين أن لا يكلم فلانا أربعة أشهر وسن الرجل متى ولد كذلك وصوم الكفارات اذا شرع فيه فى وسط الشهر نهر (قوله ومدة العنين بالايام اجماعا) اذا كان التأجيل فى أثناء الشهر شيخنا (قوله بعد التفريق) أى تفريق القاضى والمراد أن يحكم بالتفريق بينهما شرنبلالية عن البحر ثم لو وطئها بعد ذلك حد كما فى الجوهرة وغيرها وينبغى أن يقيد بما اذا انقضت عدتها منه نهر وبحر ودر وحموى وفى البحر وجوب العدة فيه انما هو فى القضاء اما فى الديانة لو علمت أنها حاضت بعد آخر وطء ثلاثا حل لها التزوج من غير تفريق ونحوه (قوله بان قال صريحا عزمت على ترك الخ) هذا فى المدخول بها كما فى السراج أما غير المدخول بها فيكفى تفريق الابدان وهو أن يتركها على قصد ان لا يعود اليها شرنبلالية ومنه أى من العزم على ترك وطئها الطلاق وانكار النكاح لو بحضرتها والخلوة فى النكاح الفاسد لا توجب العدة والطلاق فيه لا ينقص عدد الطلاق لانه فسخ جوهرة ولا تعتد فى بيت الزوج در عن البزازية وعلم غير المتارك شرط

(والمرئى) أى ماتراه من الحيض يكون
محسوبا (منهما) وقال الشافعى لا تداخل
فيما اذا وطئها أجنبى بشبهة (وتتم) العدة
الثانية ان تمت) العدة (الاولى ومبدأ
العدة) فى الطلاق والوفاة (بعد الطلاق
و) بعد (الموت) مطلقا سواء علمت
بالطلاق أو الموت أولا حتى لو لم تعلم
ومضت مدة العدة فقد انقضت عدتها
(ومشايخنا يفتون فى الطلاق بان ابتداءها
من وقت وجود الاقرار وهو اختيار
مشايخ بلخ أيضا ثم تعتبر شهور العدة
فى الطلاق والوفاة بالاهلة اذا اتفق
ابتداؤها فى الغرة والا فبالايام عند
أبى حنيفة واحدى الروايتين عن أبى
يوسف ففى الطلاق تسعون يوما وفى
الوفاة مائة وثلاثون يوما وعند محمد وفى
رواية أخرى عن أبى يوسف يكمل
الشهر الاول من الاخير بثلاثين يوما
والباقى بالاهلة وكذا الخلاف فى
الاجارة والدين ومدة العنين بالايام
اجماعا (و) مبدأ العدة (فى النكاح
الفاسد بعد التفريق أو) بعد (العزم
بان قال صريحا عزمت (على ترك
وطئها) أو ترك وطئك

لصحة المتاركة هو الصحيح حتى لو لم يعلمها لا تنقضي عدتها حموي عن البرجندي (قوله وقال زفر من آخر الوطئات) لانه المؤثر في وجوبها ولنا أن التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام الوطء لعدم امكان الوقوف عليه فاقيم الداعي اليه مقامه ولان الحاجة ماسة الى معرفة الاحكام في حق غيرها كنكاح اختها ولا يمكن بناء الاحكام الا على شيء ظاهر وهو المتاركة ولان السبب الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق ألا ترى أنه لو وطئها قبل المتاركة لا يحد و بعده يحد زيلعي وقوله و بعده يحد ينبغي حمله على ما اذا كان بعد انقضاء العدة كما سبق عن البحر وغيره واعلم أن الصفار أخذ بقول زفر حموي عن المفتاح وما في شرح العيني من قوله وقال زفر من آخر الوطئات حتى لو كانت حاضت بعد الوطء قبل التفريق ثلاث حيض فقد انقضت العدة لان المعنى الموجب للعدة في النكاح الفاسد يجري مجرى وطء واحد بدليل أنه استند الى حكم العقد فما لم توجد الفرقة أو العزم على ترك وطئها فحكمه يتوقف فلا تثبت به العدة مع جواز وجود. انتهى أي احتمال وجوده فيه خلل ظاهر والصواب أن يقال بعد قوله حتى لو كانت حاضت بعد الوطء قبل التفريق ثلاث حيض فقد انقضت العدة وانما أن المعنى الموجب للعدة الخ لا يستقيم الكلام بدونه (قوله والمدة تحتمل ذلك) فلو بالشهور فالقدر المذكور ولو بالحيض فأقلها لحرة ستون يوما ولامة أربعون ما لم تدع السقط المستبين وما لم تكن طلاقها معلقا بولادتها فيضم لذلك خمسة وعشرون للنفاس در (قوله فالقول لها مع الحلف) لانها أمينة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها عيني واعلم أن التحليف قولهما لا قول الامام شرنبلالية (قوله ولو نكح معتدته الخ) والمراد بالنكاح النكاح الصحيح فانه اذا كان الاول صحيحا والثاني فاسدا لا يلزم المهر ولا العدة اجماعا بخلاف العكس فانه بمنزلة ما لو كان كلاهما صحيحا حموي عن البرجندي (قوله فيه اشارة الى أنه دخل بها) اذ لو كان قبل الدخول لم تكن معتدة (قوله وطلقها قبل الوطء) ولو حكما نهر فلو قال قبل الوطء وقبل الخلوة لكان أولى (قوله وجب مهر تام الخ) اعلم أن الدخول في الاول دخول في الثاني في حق المهر ووجوب العدة وأما في حق الرجعة لو كان الطلاق رجعيا فلا يملكها وهذا احدى المسائل المبنية على هذا الاصل وهو أن الدخول في النكاح الاول دخول في الثاني أولا وهي عشر مسائل بحر عن الفتح والمعراج (قوله وعند زفر لا تجب عليها العدة أصلا) لزفر وهو القياس أن العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب العدة بعد الطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير أن كمال العدة الاولى وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه ولهما أن الوطء قبض وهي مقبوضة في يده بالقبض الاول لبقاء أثره وهو العدة فاذا عقد عليها ثانيا وهي مقبوضة في يده ناب القبض الاول عن القبض المستحق بالثاني كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو في يده يصير قابضا بمجرد العقد فكان طلاقا بعد الدخول زيلعي (قوله ولو طلق ذمي ذمية لم تعتد الخ) وكذا اذا مات عنها زوجها الذمي لابي حنيفة أن العدة لو وجبت عليها لا يخلو اما أن تجب حقا للشرع أو للزوج ولا وجه للاول لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا للثاني لان الزوج لا يعتقده وقد أمرنا بتركهم وما يدينون ولو كانت حاملا لا تتزوج بالاجماع حتى تضع حملها لانه ثابت النسب وعلى هذا الخلاف الحربية اذا خرجت الينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية وهما يقولان ان هذه فرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام بسبب التباين فيجب عليها العدة كما لو وقعت بسبب آخر نحو الموت ومطاوعة ابن الزوج بخلاف ما اذا هاجر وتركها في دار الحرب حيث لا يجب عليها العدة اجماعا لعدم التبليغ حتى يجوز له ان يتزوج اختها وأربعا سواها عقب دخوله دار الاسلام وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن مطلقا من غير قيد زيلعي قيد بالذمي لان المسلم لو كان تحته ذمية وجبت عليها العدة من طلاقه ومن وفاته أيضا بلا خلاف ولو كانت لا تدين الا انها حقه ومعتقده نهر عن الفتح (قوله عند أبي حنيفة) فلو تزوجها ذمي أو مسلم في فور طلاقها جاز بحر عن فتح القدير (قوله اذا كان في معتقدهم

وقال زفر من آخر الوطئات حتى اذا حاضت بعد الوطء قبل التفريق ثلاث حيض فقد انقضت العدة عنده (وان قالت) المعتدة (مضت عدتي) والمدة تحتمل ذلك (وكذبها الزوج فالقول لها مع الحلف) (ولو نكح معتدته) هي اشارة الى انه دخل بها (وطلقها قبل الوطء وجب مهر تام وعدة مبتدأة) أي مستقبلة وهذا عندهما وعند محمد لها نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى وعند زفر لا تجب عليها العدة أصلا (ولو طلق ذمي ذمية لم تعتد) عند أبي حنيفة وعندهما تعتد وهذا الخلاف اذا كان في معتقدهم انه لا عدة عليها

انه لاعدة عليها) فاذا دانوها وجبت اتفاقا نهر

(فصـــل في الاحداد) لما ذكر العدة ومن عليها اردفه بذكر ما يجب فيها على المعتدات فانه في المرتبة الثانية من أصل وجوبها ولو أمرها المطلق أو الميت بترك الاحداد لم يحل لها ذلك لانه حق الشرع نهر عن المعراج (قوله تحد) من حدت المرأة من باب نصر وضرب حدادا فهي حاد واحدت احدادا فهي محد والمشهور انه بالحاء ويروى بالجيم من جددت الشئ قطعته نهر ومعنى تحد تتأسف كما في المفتاح وعليه فلا اشكال في تعلق قوله بترك الزينة به وأما على تفسير الاحـداد بترك الزينة فمشكل والجواب ممكن حموي وجـه الاشكال على اعتبار جعل الباء للملابسة لزوم كون الشئ ملابسا لنفسه فاما ان تجعل الباء للتصوير كما أثبته بعضهم أو من ملابسة الكلي لجزئيه فالكلي ترك الزينة مطلقا الا بقيد كون ترك الزينة من المعتدة والجزئي ترك المعتدة الزينة (قوله بعد وفاة الزوج) فيه قصور وكان عليه أن يقول أو طلاقها بائنا حموي (قوله معتدة البت) ومنه الفرقة بخيار الجب والعنة وكذا اذا وقعت الفرقة بابائه شيخنا فلا يحل الاحداد لمن مات أبوها أو ابنها أو أمها أو أخوها وانما هو في الزوج خاصة فتح قيل أراد به ما زاد على الثلاث لما في الحديث من اباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام وينبغي ان يقيـد عدم حل ما زاد على الثلاثة بما اذا لم يرض الزوج أو لم تكن مزوجة بقي هل له منعها في الثلاث مقتضى الحديث انه ليس له ذلك والمذكور في كتب الشافعية ان له ذلك وقواعد نا لاتاباه وحينئذ فيحمل الحل في الحديث على عدم منعه نهر وفي التتارخانية لا تعذر في لبس السواد وهي آثمة الا الزوجة في حق زوجها فتعذر الى ثلاثة أيام قال في البحر وظاهره منعها من السواد تأسفا على موت زوجها فوق الثلاث در (قوله سواء كانت حرة أو غيرها) لانها مخاطبة بحقوق الشرع فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته هـداية وهـذا اذا لم يبوئها حتى لو كانت مبوأة لا يجوز لهـا الخروج الا أن يخرجهـا المولى وعن محمد أن لها الخروج لعدم وجوب حق الشرع شرنبلالية عن التبيين وبخلاف الحج حيث لا يجب على العبد والامة لحق المولى أيضـا ولا حق للمولى في تطيبهـا وتزينهـا لان الامة المنكوحة حرم عليه غاية بيان (قوله لا احداد على الرجعية) أي لا يجب عليها ذلك بل له أن يضربها على تركها اذا امتنعت وهو يريدها نهر (قوله بترك الزينة) بحلي أو حرير اوامتشاط بضيق الاسـنان در (قوله والطيب) ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وان لم يكن لها كسب الا فيـه نهر عن الفتح والمراد من منعها من التجارة فيه تعاطيها بنفسهـا شرنبلالية (قوله والكحل) بالفتح هو استعمال الكحل بالضم (قوله والدهن) بفتح الدال مصدر دهن اسم معنى وبالضم اسم عين نهر (قوله الا بعذر) قيد في الكل فيجوز لها لبس الحرير للحكة والقمل والثوب المصبوغ لعدم وجود غيره بقدر ما تستحدث ثوبا غيره اما ببيعه والاستحداث بثمنه أو من مالهـا ان كان لهـا مال شرنبلالية عن الفتح وكذا استعمال الطيب والدهن للتـداوي والكحل للرمـد ونحوه قال في النهـر وقوله في البحر لو أخر هذا يعني الا بعذر عن الجميع لكان أولى لما مر من جواز لبس المعصفر اذا لم تجد غيره مدفوع بما قدمناه من أن قوله بترك الزينة شامل للكل والمذكور بعده تفصيل لذلك الاجمال انتهى وتعقبه السيد الحموي بان ما ذكره في النهر لا يدفع الاولوية التي ادعاها صاحب البحر (قوله وقال الشافعي لا احـداد في المبتوتة) لورود النص في المتوفى عنها زوجها عيني ولانه وجب اظهـارا للتأسـف على وفاة زوج وفى بعهـدها الى مماته وقد أوحشها بالابانة فلا تتأسف بفوته ولنا انه وجب اظهارا للتأسف على فوات نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتهـا والابانة أقطع لهـا من الموت حتى كان لهـا أن تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها هداية والمؤنة على وزن الفعولة بفتح الفاء التمهل في أمر المعاش فان قيل كيف يجب التأسف عليها وقد قال تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم قلنا المراد به الفرح والأسى بصياح واما بدون الصياح فلا يمكن التحرز عنه وانما لم يجب على الرجل مع انه فاته نعمة النـكاح لانه تبع للعدة ولهذا لا يحل لها ذلك على غير الزوج كالولد لفقد العدة زيلعي (قوله أو اكتحلت لمعالجة فلا بأس

(فصل تحد) حداد المرأة ترك زينتها وخضابها بعد وفاة الزوج لا بها امتنعت والحد المنع (معتدة البت) أي البائن (والموت) مطلقا سواء كانت حرة أو غيرها وقيد بهما لأنه لا حداد على الرجعية لأن نعمة النكاح باقية (بترك الزينة والطيب والكحل والدهن) هما بالفتح مطلقا سواء كان مطيبا أو غير مطيب (الا بعذر) وقال الشافعي لا احداد في المبتوتة فان اشتكت رأسها أو عينها فصبت عليها الدهن أو اكتحلت لمعالجة فلا بأس به

به) مقتضى التعبير به كراهة التنزيه حموى (قوله ولكن لا تقصد به الزينة) ينظر حكم مالو تركت والظاهر الحظر حموى وأقول كان الظاهر أن يقول ينظر حكم مالو قصدت (قوله و بترك الحناء) لانه طيب كذا في حديث أخرجه النسائي عيني (قوله و بترك لبس الثوب المعصفر والمزعفر) والمعنى فيه وجهان أحدهما ماذكرناه من اظهار التأسف والثاني أن هذه الاشياء دواعي الرغبة وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم هداية (قوله وان لم يكن لها الا الثوب المصبوغ فلا بأس به) لا بأس هنا للاباحة من غير كراهة كما هو أحد استعمالها حموى (قوله ولكن لا تقصد به الزينة) بل ستر العورة مثلا ومن الممنوع أيضا العصب نهر و يخالفه ما في الزيلعي من قوله ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب انتهى قال السهيلي العصب صبغ لا ينبت الا باليمن وفي المصباح العصب مثل فلس برد يصبغ غزله ثم ينسج ولا يثنى ولا يجمع وانما يثنى ويجمع ما يضاف اليه فيقال برد اعصب وبرود عصب والاضافة للتخصيص ولا يجوز أن يجعل وصفا فيقال شريت ثوبا عصبا انتهى (قوله أما لو كان الثوب خلقا) قال الفيومي خلق الثوب بالضم اذا بلى فهو خلق بفتحتين والجمع خلقان (قوله وهذا الحداد واجب عليها) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل نهر والثوب الممشق هو الثوب المصبوغ بالمشق وهو المغرة عيني وأما ما استدل به الزيلعي من قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوج فانها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا الى آخره ففي وجه الاستدلال به اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال وليس الكلام فيه وانما الكلام في الايجاب وأجيب بان قوله عليه السلام لا يحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي الاحداد نفسه فحينئذ كان في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة فكان تقدير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام الا المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان اخبار الشرع آكد من الامر عناية (قوله فلا يجب على الكافرة) الا اذا أسلمت في خلالها يلزمها في الباقي نهر عن الحدادي (قوله ولا على صبية ومجنونة وقياس ما مر انهما لو بلغت أو افاقت في أثنائها وجب عليها فيما بقي نهر (قوله وعند الشافعي يجب عليهما الحداد) عبارة العيني وقالت الثلاثة عليهما الاحداد لاطلاق النصوص انتهى ولنا أن الحداد حق الشرع وهما ليستا من أهل الخطاب قال السيد الحموي وفي وجوب الحداد على الصبية عند الشافعي نظر فانهما غير مخاطبة اتفاقا (قوله أي لا تحد أم الولد الخ) لانهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة الاصل خصوصا في حق النساء قال تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده (قوله ولا معتدة النكاح الفاسد) أو وطء بشبهة أو طلاق رجعي درر لانه لم يفتها نعمة النكاح (قوله ولا تخطب) من الخطبة بكسر الخاء وحكى ابن يونس ضمها وهو غريب نهر (قوله معتدة) قال العيني أي معتدة كانت وهذا شامل للمعتدة عن عتق أو نكاح فاسد أو غيرهما قيد بالمعتدة لان الخالية تخطب وقيده بعض الشافعية بما اذا لم يخطبها غيره وترضى به فان سكتت فقولان وقواعدنا لا تاباه نهر (قوله وصح التعريض) لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم الى أن قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا وهذا أي التعريض خاص بالمتوفى عنها زوجها فقط لان التعريض لا يجوز للمطلقة لانه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يقف عليه سواها فاما المتوفى عنها زوجها فيباح لها الخروج نهارا فيمكنه التعريض على وجه لا يقف عليه سواها التعريض ذكر شئ يستدل به على شئ آخر والكناية ذكر رديف وارادة المردوف وقوله أو أكننتم أي سترتم ذلك في أنفسكم فلم تذكروه بالسنتكم لا مصرحين ولا معرضين وقوله ولكن لا تواعدوهن سرا أي وطئا الا أن تقولوا قولا معروفا وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا أي لا تواعدوهن قط الا مواعدة معروفة نهاية عن الكشاف وفي النهر عن المغرب والفرق بينه وبين الكناية أن التعريض تضمين الكلام دلالة ليس

ولكن لا تقصد به الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالمتحقق وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر فلا بأس به اذا لم تقصد به الزينة ولكن لا تقصد به الزينة لو احتاجت الى لبس الحرير لحكة لا بأس به (و) بترك (الحناء و) بترك (لبس) الثوب (المعصفر والمزعفر) والثوب المصبوغ فلا بأس به ولكن لا تقصد به الزينة قال شمس الائمة الحلواني المراد بالثياب المذكورة الجديدة منها أما لو كان الثوب خلقا لا يقع به الزينة فلا بأس به وهذا الحداد واجب على الكافرة وان كانت بالغة مسلمة فلا يجب على الكافرة ولا على صبية أو أنها مسلما أو مات عنها ولا على صبية أو مات عنها وعند الشافعي يجب عليهما الحداد في الموت (لا معتدة العتق) أي لا تحد أم الولد اذا اعتقها مولاها أو مات عنها (و) لا معتدة (النكاح الفاسد ولا تخطب معتدة) صريحا بان يقال لها اني اريد ان أنكحك (وصح التعريض) في الخطبة بأن يقول لها انك لجميلة أو صالحة أو من غرضي أن أتزوج وعسى الله أن ييسر لي امرأة صالحة ونحو ذلك من الكلام الموهم

فهاذكر نصوما أقبح البخل تعريض بانه بخيل والكناية ذكر الرديف وارادة المردوف كطويل النجاد وكثير الرماد يعني أنه طويل القامة ومضياف انتهى (قوله ولا تخرج معتدة الطلاق) لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن والصغيرة تخرج في الطلاق البائن لانها غير مأمورة بحكم الشرع بخلاف الرجعي حيث لا تخرج الا باذنه لقيام النكاح بينهما والكتابية تخرج لانها غير مخاطبة بحكم الشرع وللزوج أن يمنعها الصيانة مائه بخلاف الصغيرة لانه لا يتوهم منها الحبل والمعتوهة كالكتابية زيلعي ومعتدة الفرقة بفسخ كعتدة البائن وكذلك المعتدة عن نكاح فاسد حموي عن البرجندي (قوله من بيتها) ولا الى صحن دار فيها منازل لغيره (قوله و بعض الليل) قدر ما تستكمل حوائجها (قوله وعن محمد الخ) لان اللازم عليها البيتوتة وهي السكينونة في جميع الليل أو أكثره في بيتها حموي عن البرجندي (قوله لان نفقتها عليها الخ) و يعرف من هذا التعليل انها لو كان لها قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها الخروج لزيارة أهلها ليلا ولا نهارا نهر عن الفتح والمطلقة ليست كذلك لدرور النفقة عليها من مال زوجها درر حتى لو اختلعت على نفقتها يباح لها الخروج في رواية للضرورة لمعاشها وقيل لا يباح لها الخروج لانها هي التي اختارت ابطال النفقة فلا يصلح ذلك لابطال حق عليها وبه كان يفتي الصدر الشهيد فكان كالو اختلعت على أن لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تسقط عن الزوج و يلزمها أن تكتري بيت الزوج ولا يحل لها أن تخرج منه زيلعي وفي النهر حكى عن جامع قاضيخان تصحيح عدم جوازه وجها اذا اختلعت على السكنى موافقا لافتاء الصدر الشهيد وفي ابن الملك هو الاصح قال والحق أن على المفتي أن ينظر في خصوص الوقائع فان علم في واقعة عجز هذه عن المعيشة ان لم تخرج أفتاها بالحل والا فبالحرمة نهر عن الفتح (قوله وتعتدان في بيت وجبت العدة فيه) لقوله عليه السلام لفريعة بنت مالك حين قتل زوجها ولم يدع مالا ترثه وطلبت أن تتحول لاهلها لاجل ارفق عندهم امكثي في بيتك الذي أتاك فيه نعي زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله زيلعي وفريعة بضم الفاء وفتح الراء وسكون الياء وبالعين المهملة (قوله وجبت العدة فيه) أي وقت الفرقة أو الموت حتى لو خرجت الى زيارة الابوين ونحوهما وطلقها الزوج أو مات عادت الى منزلها حموي عن البرجندي (قوله لابد من سترة بينهما) في الطلاق البائن حتى لا تقع الخلوة بالاجنبية لانه معترف بالحرمة والظاهر انه اذا لم يرها لا يباشر الحرام وان ضاق المنزل عليهما أو كان الزوج فاسقا فالاولى خروجه وان جاز خروجها وندب أن يجعل بينهما امرأة ثقة قادرة على الحيلولة احتياطا درر ونفقة المرأة القادرة على الحيلولة في بيت المال نهر عن تلخيص الجامع ولا يقال ان المرأة على أصلكم لا تصلح أن تكون حائلة حتى قلتم لا يجوز للمرأة أن تسافر مع نساء ثقات وقلتم بانضمام غيرها تزداد الفتنة فكيف تصلح هنا لانا نقول تصلح أن تكون حيلولة في البلد لبقاء الاستحياء من العشيرة ولامكان الاستغاثة بجماعة المسلمين وبأولى الامر منهم بخلاف المفاوز في السفر زيلعي (تتمة) سئل شيخ الاسلام عن زوجين افترقا ولكل منهما ستون سنة و بينهما أولاد يتعذر مفارقتهم فيسكنان في بيت ولا يجتمعان في فراش ولا يلتقيان التقاء الازواج هل لهم ذلك قال نعم وأقره المصنف در (قوله اذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها) وحصتها غير كافية لها فلها أن تخرج وان لم يخرجوها نهر عن الخانية (قوله الا أن تخرج) أي الا أن يخرجها الورثة فيما اذا كان نصيبها لا يكفيها أو صاحب المنزل لعدم قدرتها على الاجرة وفي هذا الكلام اشارة الى أن كراء البيت على المعتدة وهذا في معتدة الموت على الاطلاق وأما في معتدة الطلاق فالكراء على الزوج الا اذا كان غائبا فعليها أن تعطي الكراء ان قدرت فان اعطته باذن القاضي رجعت عليه والا فلا حموي عن البرجندي وفي المجتبى كان نصيبها من الدار لا يكفيها اشترت من الاجانب ولا ولاده الكبار وكذا في الطلاق البائن انتهى يعني فيما اذا اختلعت على السكنى قال في البحر وهو ظاهر في وجوب الشراء عليها لو كانت قادرة والمراد ان لم ترض الورثة باجارتها اياه نهر لكن الذي رأيته بنسخة

(ولا تخرج) اى لا يجوز أن تخرج (معتدة الطلاق) مطلقا سواء كان رجعيا أو بائنا (من بيتها) لا ليلا ولا نهارا حتى تنقضي العدة (ومعتدة الموت تخرج يوما و بعض الليل) وعن محمد أنها تخرج أقل من نصف الليل لان نفقتها عليها (وتعتدان) اى معتدة الطلاق والموت (في بيت وجبت) العدة (فيه) وان كانت الفرقة بالبائن في بيت الزوج ولم يكن له بيت آخر لابد من سترة بينهما وكذا هذا في الوفاة اذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها كذا في المبسوط (الا أن تخرج) المرأة

المجتبي استترت من الاستتار ذر (قوله أو ينهدم) فتنتقل للضرورة ثم قيل تنتقل حيث شاءت الا أن تكون مبتوتة فتنتقل الى حيث شاء الرجل لانه المخاطب بقوله أسكنوهن حموي عن شرح ابن الحلبي ومن الاعذار المبيحة للخروج الفزع الشديد من أمر الميت لانها لو لم تنتقل يخاف عليها من ذهاب العقل أو نحوه بخلاف قليل الخوف شرنبلالية (قوله هذا اذا كان المقصد ثلاثة أيام الخ) الأوجه الاطلاق نهر عن الفتح لانها بالرجوع تصير مقيمة وبالمضي مسافرة (قوله فهي مخيرة) وندب الرجوع ليكون الاعتداد في منزل الزوج درر وعبارة السيد الحموي والاولى الرجوع على ما في الكافي وعلى ما في النهاية وغيرها يتعين الرجوع انتهى (قوله ولو ثلاثة رجعت أو مضت) ثلاثة بالنصب والتقدير ولو كانت المسافة ثلاثة أيام وبالرفع والتقدير ولو كان بينها وبين مصرها وهكذا شرح الشارح مسكين حموي عن ابن الشلبي (قوله فتخرج بمحرم بعد مضي العدة) فلو قبل مضيها لا يجوز لها الخروج عند الامام مطلقا لا بمحرم ولا بغيره والحاصل ان المتن على قول الامام خلافا لما في العيني من جعله المتن على قول الصاحبين وكأنه فهم أن المراد من قول المصنف فتخرج بمحرم يعني ولو قبل انقضائها لكنه خلاف الظاهر من قوله ولو كانت في المصر تعتد ثمة فلهذا حمله الشارح على ما بعد مضي العدة وذكر المرحوم الشيخ شاهين أن في عبارة الشيخ العيني تقديما وتأخيرا والصواب ان يقال فتخرج بمحرم عنده واما عندهما فيجوز لها الخروج ولو قبل انقضائها

(باب ثبوت النسب)

مناسبته لسابقه انه يلزم من اعتداد ذوات الحمل ثبوت النسب حموي (قوله فنكحها فولدت) أشار الشارح بتقدير فنكحها الى أن الفاء في قوله فولدت فصيحة على حد قوله تعالى فقلنا اضرب بعصاك الحجر فانفجرت حموي (قوله لزم نسبه) هذا استحسان وهو قول محمد الآخر لان النسب يحتاط في اثباته والتصور ممكن بأن يتزوجها وهو مخالطها اما بأنفسهما وسمع الشهود كلامهما أو وكلا في ذلك فوافق النكاح الانزال قال صدر الشريعة على أن الزوج ان علم أنه لم يكن على هذه الصفة وأنه لم يطأها فهو قادر على اللعان فلما لم ينف الولد باللعان فليس علينا نفيه عن الفراش مع تحقق الامكان انتهى وفيه بحث اذ كيف يقدر واللعان لا يتم به اذ من شرائط اللعان قيام الزوجية وهي مطلقة عقب النكاح كذا في الحواشي السعدية يعني وبوضع الحمل انقضت العدة والا فالطلاق الرجعي لا يمنع اللعان نهر بقي ان في حمله على انه تزوجها وهو مخالطها حمل المسلم على ما لا يجوز اذ المراد به الوطء كما في الفتح ولهذا عدل بعض المشايخ عن هذا بأن قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول كما في تزوج المشرقي بالمغربية ورد بأن التصور شرط وهو الحق ولهذا لم يثبت النسب من زوجة الصبي وهو أي التصور موجود في المشرقي بأن يكون صاحب خطوة كرامة كما في الدراية أو أن يكون له استخدام كما في الفتح والاقتصار على الثاني اولى لان طي المسافة ليس من الكرامة في شئ نهر (قوله وهو القياس) لان الوطء في هذا العقد غير ممكن لوقوع الطلاق قبله من غير مهلة فوجب ان لا يثبت نسبه زيلعي ووجه الاستحسان ما سبق بيانه (قوله ولزم مهرها بتمامه) لانه لما ثبت النسب منه تحقق الوطء منه حكما وهو أقوى من الخلوة فتأكد به المهر زيلعي (قوله وفي القياس وهو رواية عن ابي يوسف مهر ونصف) والجواب أنا اذا قدرنا انه تزوجها حالة المواقعة لم تكن المواقعة بعد الطلاق فلا يلزمه الا مهر واحد وقول الزيلعي وكان ينبغي أن يجب مهران مهر بالوطء ومهر بالنكاح كما لو تزوج امرأة حال وطئها رده في الفتح بانه اذا كان الاصح في ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره ليس الا بما ذكر وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية فالفرع المشبه به مشكل لمخالفته لصريح المذهب وأيضا الفعل واحد وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد نهر ومحصله

(أو ينهدم) ذلك البيت أو تخاف سقوطه أو خافت الفارة على متاعها واذا سكنت منزلا آخر لا تخرج من ذلك الا بعذر واذا (بانت أو مات عنها) زوجها (في سفر و) الحال أن (بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت اليه) أي الى مصرها مطلقا سواء كانت في المصر أو غيره هذا اذا كان المقصد ثلاثة أيام اما اذا كان المقصد اقل من ثلاثة ايام فهي مخيرة (ولو) كانت بينها وبين مصرها (ثلاثة) ايام (رجعت أو مضت) اذا كان المقصد كذلك وهي في المفازة ولكن الرجوع اولى اما اذا كان المقصد اقل من ثلاثة ايام تختار الادنى (معها ولي أولا) متعلق بالصورتين (ولو) كانت (في مصر) وبينها وبين مصرها ومقصدها مدة السفر (تعتد ثمة) ولا تخرج مطلقا سواء كان لها محرم أولا (فتخرج بمحرم) بعد مضي العدة وعندهما وهو قول أبي حنيفة اولا ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد وانما قيد بقوله بانت لانه لو طلقها رجعية تتبع زوجها ولا تفارقه لقيام النكاح واعلم ان هذه القيود التي ذكرناها في هذه المسائل مما لا بد منها

(باب ثبوت النسب)

(ومن قال ان نكحتها فهي طالق) فنكحها (فولدت لستة أشهر مذ نكحها لزم نسبه) منه وقال زفر وهو قول محمد أولا لا يثبت نسبه وهو القياس (و) لزم (مهرها) بتمامه وفي القياس وهو رواية عن أبي يوسف مهر ونصف مهر أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر كله فبالوطء حكما لثبوت النسب وانما قال لستة أشهر

الطعن فى المقيس عليه حموى (قوله لانه اذا زاد أو نقص لا يثبت النسب) اما فى النقص فظاهر لانه من زوج سابق واما فى الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق لانا حكمنا بعدم وجوب العدة لكونه قبل الدخول ولم يتبين بطلان هذا الحكم زيلعى وقوله لعدم وجوب العدة الخ يعنى فى صورة ولادتها الاكثر لانها اذا ولدته لستة لاغير فالعدة عليها لحملها بثابت النسب قال فى الفتح ولا يخفى أن منعهم النسب فيما اذا جاءت به لاكثر فى مدة يتصور أن يكون منه وهى سنتان ينافى الاحتياط فى اثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة أشهر و يوم فى غاية البعد فان العادة مستمرة بكونه أكثر منها ورب ما تمضى دهور ولم يسمع فيها ولادة لنصف حول فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فأى احتياط فى اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضى نفيه وتركنا ظاهرا يقتضى ثبوته وليت شعرى أى الاحتمالين أبعد الاحتمال الذى فرض لتصور العلوق منه أو احتمال كونه اذا زاد على ستة أشهر يوما يكون من غيره انتهى وهو بحث لا دافع له بتمامه حموى (قوله و يثبت نسب ولد معتدة الطلاق الرجعى) ولو بالاشهر لاياسها وفاسد النكاح فى ذلك كصحيحه در وقوله لاياسها أى لظن اياسها لانه بولادتها تبين أنها لم تكن آيسة وحينئذ فما سيأتى من تعليل ثبوت نسب ولد معتدة الرجعى اذا جاءت به لاكثر من سنتين ولو لعشرين سنة باحتمال كونها ممتدة الطهر شامل للمعتدة بالحيض أو بالاشهر بناء على ظن الاياس فسقط ما عساه يقال كيف يتأتى التعليل باحتمال امتداد الطهر بالنسبة للآيسة (قوله لاكثر من سنتين من وقت الفرقة) ولو لعشرين سنة فأكثر لاحتمال العلوق فى العدة لاحتمال كونها ممتدة لطهر ولا مجال للحمل على الزنا والوطء بشبهة مع امكان الحبل وهو أولى أيضا من كونها تزوجت بغيره لان البقاء أسهل من الابتداء وافهم كلامه أنها لو جاءت به لاقل منهما ثبت نسبه بالاولى نهر (قوله ما لم تقر بمضى العدة) أى فى مدة تحتمله بأن تكون ستين يوما على قوله وتسعة وثلاثين يوما على قولهما (قوله ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر) الظاهر أن يقال ثم جاءت بولد لستة أشهر فأكثر حتى تظهر فائدة التقييد وكان يفهم منه أنها لو جاءت به لاقل يثبت النسب فما كان يحتاج الى التصريح به وانما ثبت فيما اذا جاءت به لاقل لظهور كذبها حموى (قوله وكانت رجعة فى أكثر منهما) قضيته أن لا تكون رجعة فى السنتين فقط وقوله لا أقل منهما يقتضى أنها رجعية فى السنتين وهو المصرح به فى الاختيار و يجاب بأن غاية ما يلزم على المصنف أنه تعارض مفهوما كلاميه وحينئذ لا ينسب له واحد منهما بخصوصه لان ذلك ترجيح بلا مرجح فيصير الحكم فى السنتين مسكوتا عنه فيطلب حكمه من غير كتابه فحيث وجد مصرحا به رجع اليه فتدبر ووجه التدبر أن فى السنتين قولين وأشار اليهما بمفهومى العبارتين حموى عبارة الاختيار وان جاءت به لسنتين أو أكثر كان رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه وانه وطئها فى العدة حملا لحالها على الاحسن والاصلح انتهى ومثله فى الكافى و يخالفه ما فى شرح الرازى حيث قال وان جاءت به لسنتين يثبت النسب لانه يثبت بالشبهة ولا يصير مراجعا الخ (قوله لا فى أقل) لانه كما احتمل أن يكون العلوق بعد الطلاق احتمل أن يكون قبله فلا يكون مراجعا بالشك وأورد أن للاحتمال الاول مرجحا وهو أن الظاهر أن الحوادث تضاف الى أقرب أوقاتها وأجيب بأن محله ما لم يعارضه ظاهر آخر وهو الوطء فى العصمة لا فى العدة وفيه أيضا مخالفة السنة فى الرجعة بالوطء والعادة وهى الرجعة باللفظ فكان ما قضت به العادة والسنة أرجح نهر (قوله وان جاءت بولد لسنتين أو أكثر لا يثبت نسبه) لان وطئها فى العدة حرام والحمل لا يبقى أكثر من سنتين فلا وجه لالحاق النسب به كذا قيل وفيه أن هذا التعليل انما يظهر اذا جاءت به لاكثر من سنتين اذ الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه وأما اذا جاءت به لتمام سنتين فعدم ثبوته كما هو ظاهر كلامه مخالف لما سيأتى من أن أكثر مدة الحمل سنتان ولرواية الايضاح والاسبيجابى والاقطع من انه يثبت اذا جاءت به لسنتين ومن ثم جزم الزيلعى بحمل كلامه على الاول واجاب فى البحر بانه لو ثبت النسب فيما اذا جاءت به لسنتين

لزم

لانه اذا زاد أو نقص لا يثبت النسب
(ويثبت نسب ولد معتدة) الطلاق
(الرجعى وان ولدت لاكثر من سنتين)
من وقت الفرقة (ما لم تقر بمضى
العدة) قيده لانها اذا أقرت بانقضاء
العدة ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر
ثبت نسبه وان جاءت لستة أشهر
فصاعدا لم يثبت نسبه (وكانت) الولادة
(رجعة فى أكثر منهما) أى من
السنتين (لا فى أقل منهما و) يثبت
نسب ولد معتدة (البت لاقل منهما
والا) أى وان جاءت بولد لسنتين
أو أكثر (لا) يثبت نسبه

لزم أن يكون العلوق سابقا على الطلاق لعدم حل الوطء وبه يلزم أن يكون الولد فى بطن امه أكثر منهما بخلاف غير المبتوتة لحل الوطء بعد الطلاق قال فى النهر ولزوم كون الولد فى البطن أكثر ممنوع بالحمل على جعل العلوق فى حال الطلاق لانه حينئذ قبل زوال الفراش كما قرره قاضيخان وهو حسن والمسئلة مقيدة بما اذا لم تلد توءمين أحدهما الاقل من سنتين والآخر لاكثر منهما فان ولدتهما ثبت نسبهما منه عندهما خلافا لمحمد ومقيدة أيضا بان لا تقر بانقضاء العدة اذ لو أقرت به فان ولدت لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه والا فلا كما فى معتدة الرجعى ثم هذا الحكم مخصوص بالمبتوتة المدخول بها أما اذا لم تكن مدخولا بها فان جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر من وقت الفرقة لا يثبت النسب وان جاءت به لاقل منها ثبت حموى عن البرجندى معزيا للمبسوط صدر الاسلام وقوله وان جاءت به لاقل منها ثبت أى لاقل من ستة أشهر من وقت الفرقة ولستة فاكثر من وقت العقد (قوله الا ان يدعيه الزوج) استثناء مفرغ من قوله والا لا أى لا يثبت فى حال من الاحوال الا فى الحال التى هى دعواه لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة فى العدة بان ظن انها زوجته الاخرى فوطئها او ظن ان وطء المبتوتة فى العدة جائز كوطء معتدة الرجعى وفى مبسوط صدر الاسلام هذه المسئلة تدل على ان وطء معتدة البائن ليس بزنا حيث ثبت النسب بالدعوة وقد نص فى كتاب الحدود انه زنا حتى لو قضى عليه بوجوب الحد اذا لم يدع شبهة صح فلعل فى المسئلة روايتين وقيل هذا محمول على انه تزوجها فى العدة ثم وطئها حملا لحال المسلم على الصلاح حموى عن البرجندى (قوله فيثبت نسبه) لانه التزمه وفى اشتراط تصديقها روايتان والاوجه ان لا يشترط ولهذا لم يشترطه الا السرخسى والبيهقى فدل على ضعف رواية الاشتراط وغرابتها كغرابة ما فى المجتبى من ان توقف ثبوت النسب فيما اذا جاءت به للاكثر على الدعوة انما هو قول أبى يوسف واما عندهما فيثبت النسب بلا دعوة لاحتمال الوطء بشبهة فى العدة انتهى وفى البدائع وكل جواب عرف فى العدة عن طلاق فهو الجواب فى المعتدة عن غير طلاق من اسباب الفرقة قيل هذا مناقض لما نص عليه فى كتاب الحدود من أن المطلقة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة فى الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه وجوابه كما فى البحر تسليم ان شبهة الفعل لا يثبت النسب فيها وان ادعاه اذا كانت متمحضة للفعل والا فلا كالمطلقة ثلاثا او على مال فانه يثبت النسب فيهما بالدعوة لان الشبهة فيهما لم تتمحض للفعل بل هى شبهة عقد ايضا فلا يكون بين النصين تناقض وهذا أولى من حمل بعضهم المذكور هنا على المبانة بالكنايات فان الشبهة فيها شبهة المحل واما المطلقة ثلاثا او على مال فلا يثبت فيها النسب بالدعوة لان المنصوص عليه هنا اعم من المبتوتة بالكنايات أو بالثلاث او على مال وقد صرح ابن الملك فى شرح المجمع ان من وطئ امرأة اجنبية زفت اليه وقيل له انها امرأتك فهى شبهة فى الفعل وان النسب يثبت اذا ادعاه فعلم انه ليس كل شبهة فى الفعل تمنع دعوى النسب قال شيخنا والمتمحضة للفعل وطء أمة ابويه وامة امرأته وأمة سيده والمرتهن المرهونة لا يثبت النسب فيها وان ادعاه (قوله ويثبت نسب ولد المراهقة) أى المطلقة ولو بائنا والمراد بالمراهقة صبية يجامع مثلها وهى فى سن يمكن ان تكون بالغة اى بنت تسع سنين فصاعدا ولم يظهر فيها علامات البلوغ وانما اعتبر بتسعة أشهر لان ثلاثة اشهر مدة عدتها وستة أشهر اقل مدة الحمل حموى عن شرح ابن الحلبى (قوله المدخول بها) فان لم يدخل بها فان جاءت به لاقل من ستة اشهر يعنى من وقت الطلاق ثبت نسبه لا لاكثر نهر لحصول العلوق وهى اجنبية بحر عن الغاية (قوله مالم تقر بانقضاء العدة) فان اقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ثبت نسبه وان لستة أو اكثر لا يثبت لانقضاء العدة باقرارها وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها للتيقن بكذبها نهر وتبعه الحموى والذى يظهر ابدال قوله للتيقن بكذبها بقوله لعدم التيقن بكذبها (قوله ولم تدع حبلا) فان اقرت به كان اقرارا منها بالبلوغ فيقبل قولها فصارت كالكبيرة فى حق ثبوت النسب ان اقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه لظهور كذبها بيقين

(الا ان يدعيه) الزوج فيثبت نسبه (و) يثبت نسب ولد (المراهقة) المدخول بها مالم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا ان ولدت

والا لم يثبت نهر وقوله مالم تقر بانقضاء العدة الخ يعني وكانت معتدة عن طلاق بدليل ما سيأتي من قوله سواء كان رجعيا أو بائنا أما لو مات عنها زوجها ولم تقر بالحبل ولا بانقضاء العدة فعند ابي حنيفة ومحمد ان ولدت لاقل من عشرة أشهر وعشرة ايام ثبت النسب لانه تبين انه كان موجودا قبل عدة الوفاة والا لم يثبت شيخنا (قوله لاقل من تسعة أشهر منذ طلقها) لان العلوق حينئذ يكون في العدة درر (قوله والا لا يثبت) صادق بما اذا جاءت به لتسعة او اكثر فما في الدرر حيث اقتصر على قوله أي لو ولدت لتسعة اشهر لا يثبت فيه قصور (قوله وعند ابي يوسف الى قوله وفي الرجعي الخ) لان الحبل من المراهقة موهوم وشرط انقضاء عدتها بمضي الاشهر ان لا تكون حاملا وهو لا يعلم الا من جهتها فما لم تقر بانقضاء عدتها احتمل ان تكون حاملا بعلوق قبل الطلاق في البائن وفي الرجعي بعلوق في العدة وهذا القدر من التصور كاف لثبوت النسب فيحمل عليه ولهما انا تيقنا بصغرها فلا يزول بالشك وهو مناف للحمل ولانقضاء عدتها جهة متعينة وهي مضي الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء فصار كما لو أقرت بذلك بل هو فوقه لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله زيلعي (قوله لاقل من سبعة وعشرين شهرا) لانه يحتمل انه وطئها في آخر عدتها وهي ثلاثة اشهر ثم مدة الحمل سنتان شيخنا عن الغاية (قوله هذا اذا لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا) كذا في النسخ وهذا تكرار محض فقد قدم في مزج كلام المصنف ان المراد بالمراهقة المدخول بها التي لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا حموي وأجاب شيخنا بانه ذكره اولا على وجه الاجمال وثانيا على وجه التفصيل فلا تكرار (قوله وكانت هي كالكبيرة في نسب ولدها) فان كان بائنا ثبت نسب ولدها الاقل من سنتين وان كان رجعيا ثبت نسبه اذا جاءت به لاقل من سبعة وعشرين شهرا بخلاف الكبيرة في الرجعي فانه يثبت ولو لاكثر من سنتين وان طال الى سن الاياس لجواز امتداد طهرها ووطئه في آخر الطهر بحر (قوله ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر) من وقت الاقرار ولاقل من تسعة اشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه لظهور كذبها بيقين زيلعي ونهر ومنه يعلم ان الشارح اطلق في محل التقييد (قوله وان ولدت لستة اشهر او اكثر لم يثبت) لان الجهة وهو الاعتداد بالاشهر قد تعينت بدون الاقرار فمع الاقرار أولى بخلاف الآيسة اذا اقرت بانقضاء عدتها مفسرا بالاشهر ثم جاءت بولد لاقل من سنتين حيث يثبت نسبه والفرق أن الآيسة بالولادة تبين انها لم تكن آيسة بل كانت من ذوات الاقراء ولا كذلك الصغيرة ولهذا لم تستأنف العدة اذا حاضت بعد انقضاء عدتها والآيسة تستأنف زيلعي (قوله لاقل منهما) من وقته أي الموت اذا كانت كبيرة ولو غير مدخول بها اما الصغيرة فان ولدت لاقل من عشرة اشهر وعشرة أيام ثبت والا لا در (قوله مالم تقر بانقضاء العدة) ولو اقرت بمضيها بعد اربعة اشهر وعشر فولدت لستة اشهر لم يثبت واما الآيسة فكحائض لان عدة الموت بالاشهر للكل الا الحامل در (قوله لا في الاكثر) لان الحمل لا يبقى في البطن اكثر من سنتين حموي ولم أر من صرح بالسنتين فينبغي ان تكون كالاكثر كما تقدم في نظيره بحر (قوله وقال زفر ان ولدت لتمام عشرة اشهر الخ) بان جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر قاسه على ما اذا أقرت بالانقضاء ولنا ان النسب يحتاط في اثباته والولد يبقى في البطن الى سنتين فاذا لم تقر بالانقضاء حمل على كونها حاملا فلا تنقضي عدتها بالاشهر ويثبت النسب الى سنتين حموي عن شرح ابن الحلبي (قوله وسواء كانت العدة عدة الطلاق الخ) البائن والرجعي فيه سواء شيخنا (قوله او الوفاة) فما في الدرر من تقييده بالطلاق ليس احترازيا عن معتدة الموت بل الحكم فيه كذلك شيخنا (قوله لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار) لما مر من ان العلوق حينئذ يكون في العدة لظهور كذبها بيقين حيث اقرت بالانقضاء ورحمها مشغول بالماء درر هذا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولاقل من سنتين من وقت الطلاق او الوفاة والا فلا يثبت نسبه ولو ولدته لدون ستة اشهر شرنبلالية عن التبيين وقول المصنف من وقت الاقرار هو المسطور في الهداية وغيرها وهو الصواب ووقع في عبارة صدر الشريعة الطلاق مكان الاقرار قال في الدرر وكانه سهو من الناسخ الاول انتهى واعلم ان

(لاقل من تسعة اشهر) منذ طلقها (والا) يثبت مطلقا سواء كان رجعيا او بائنا عندهما وعند ابي يوسف ان ولدت لاقل من سنتين منذ طلقها يثبت النسب في الطلاق البائن وفي الرجعي ان ولدت لاقل من سبعة وعشرين شهرا يثبت النسب منه وان ولدت لاكثر من ذلك لا يثبت هذا اذا لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا اما اذا ادعت حبلا فذلك اقرار منها بانها بالغة وقولها في ذلك مقبول وكانت هي كالكبيرة في نسب ولدها وان أقرت بمضي العدة بعد ثلاثة اشهر ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه منه وان ولدت لستة اشهر او اكثر لم يثبت نسبه (و) يثبت نسب ولد معتدة (الموت) اذا ولدت (لاقل منهما) أي من السنتين مالم تقر بانقضاء العدة لا في الاكثر وقال زفر ان ولدت لتمام عشرة اشهر وعشرة ايام من حين مات الزوج لم يثبت (و) يثبت نسب ولد المعتدة (المقرة بمضيها) مطلقا سواء كانت كبيرة او مراهقة وسواء كانت العدة عدة الطلاق او الوفاة ان ولدت (لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار

ثبوت نسب ولد المقرة بمضي العدة اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولاقل من سنتين من وقت الفراق بالموت او بالطلاق مقيد بما اذا قالت انقضت عدتي الساعة ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من ذلك الوقت والا فلا يعلم اليقين لو قالت انقضت عدتي ولم تقل الساعة ثم جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولاقل من سنتين من وقت الفراق اذ يمكن صدقها فينبغي ان لا يثبت نسبه شرنبلالية عن التبيين لانها اذا قالت انقضت عدتي وأطلقت احتمل ان يكون الانقضاء سابقا على اخبارها به فلا يظهر كذبها اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار شيخنا (قوله والالا) لعدم التيقن بكذبها لاحتمال الحدوث بعده اي بعد الاقرار نهر (قوله وعند الشافعي يثبت) لان حمل أمرها على الصلاح ممكن فوجب الحمل عليه وفي ضده حمله على الزنا وفيه اضرار على الولد بابطال حقه في النسب فيرد اقرارها ولنا انها امينة في الاخبار فيقبل قولها ولا يلزم من قطعه عنه كونه من الزنا لاحتمال انها تزوجت بغيره على ان ابطال حق الغير بقول الامين جائز اذا لم يكن مكذبا شرعا الاترى انها تصدق في انقضاء عدتها بالاقراء وان تضمن ابطال حق الزوج في الرجعة زيلعي (قوله ويثبت نسب ولد المعتدة ان جحدت ولادتها الخ) شامل للطلقة رجعيا وفيه اذا جاءت به لاكثر من سنتين اشكال لان الفراش ليس بمنقض في حقها لانها تكون مراجعة لكون العلوق في العدة على ما بينا فينبغي ان يثبت نسب ولدها بشهادة القابلة من غير زيادة شيء آخر كما في المنكوحة زيلعي وقال الكمال واطلاق المصنف يشمل المعتدة عن وفاة وطلاق بائن أو رجعي فيوافق تصريح قاضيخان وفخر الاسلام بجريان الخلاف في الرجعي وشمس الائمة قيد صورة المسئلة بالبائن وكذا صاحب المختلف واذا تقرر ان النكاح بعد الرجعي قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه قال في الشرنبلالية فاتضح اشكال الزيلعي واقول قد ظهر لي ما به يحصل التوفيق بان نقول ما ذكره قاضيخان وفخر الاسلام من جريان الخلاف في المعتدة عن رجعي ايضا يحمل على ما اذا جاءت به لاقل من سنتين وما ذكره شمس الائمة وصاحب المختلف من تقييد المسئلة بالمعتدة عن وفاة أو طلاق بائن وعليه فلا يكون الاطلاق متنا ولا للمعتدة عن رجعي يحمل على ما اذا جاءت به المعتدة عن رجعي لاكثر من سنتين وحينئذ لا يرد ما ذكره الزيلعي من الاشكال ثم رايت التصريح بالتوفيق في البحر واقره في النهر والحموي (قوله بشهادة رجلين الخ) استفيد من كلام المصنف ان معتدة الوفاة اذا جاءت بالولد لاقل من سنتين وقد جحد الورثة حملها ولم يكن ظاهرا ولا اعترف به زوجها واخبرت القوابل بعدمه واقامت المعتدة بينة على ولادتها من المتوفى ثبت وظهر كذب القوابل في قولهن انها ليست حاملا ولا يضر تناقضها في تاريخ حملها الا ان الحمل مما يخفى وقته وما كان طريقه الخفاء يعفى فيه التناقض كما سيأتي في باب الاستحقاق وهذا جواب شيخنا الحادثة سئل عنها ثم قيل تقبل شهادة الرجلين ولا يفسقان بالنظر الى العورة اما لكونه قد يتفق ذلك من غير قصد نظر ولا تعمد او للضرورة كما في شهود الزنا زيلعي على أن الشهادة قد تكون بدون النظر كما اذا دخلت بيتا بحضرتهم يعلمون انه ليس فيه غيرها ثم خرجت ومعها ولد فيعلمون انها ولدته نهر (قوله او حبل ظاهر) وظهور الحمل ان تأتي به لاقل من ستة اشهر من وقت الفراق كما في السراج وقال الشيخ قاسم المراد بظهور الحبل ان تكون امارات حملها بالغة مبلغا يوجب غلبة ظن كونها حاملا لكل من شاهدها شرنبلالية (قوله او اقراره به) أي بالحبل لان النسب في هذين ثابت قبل الولادة كذا في الفتح وهذا ظاهر في انها لو ولدت وكان الحبل ظاهرا فانكره اكتفي بالشهادة بكونه كان ظاهرا نهر (قوله بشهادة امرأة مقبولة الشهادة) لان الفراش قائم لقيام العدة اذ معنى الفراش ان تتعين المرأة للولادة لشخص واحد والمعتدة بهذه الصفة والحاجة بعد ذلك الى اثبات الولادة وتعيين الولد وذلك يثبت بالقابلة كما في حال قيام النكاح او الحبل الظاهر او اقرار الزوج بالحبل ولابي حنيفة ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل فزال الفراش والمنقضي لا يكون حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط فيه كمال الحجة بخلاف ما اذا كان الحبل ظاهرا

(والا) أي وان ولدت لستة اشهر او اكثر (لا) يثبت النسب منه مطلقا وعند الشافعي يثبت مالم تتزوج (و) يثبت نسب ولد (المعتدة ان جحدت ولادتها بشهادة رجلين او رجل وامرأتين او حبل ظاهر او اقراره به) اي بالحبل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يثبت النسب في الجميع بشهادة امرأة مقبولة الشهادة

أو اعتراف من جهته او النكاح قائما ومبنى الخلاف على ان الفراش باق ام انقضى قالا بالاول لقيام العدة والحاجة الى شهادة الواحد لتعيين الولد وقال الامام بالثاني لاقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة وهل على قولهما تقبل شهادة رجل واحد قيل نعم نهر (قوله او تصديق الورثة) قيد بكون المصدق جمعا من الورثة لان المصدق لو كان رجلا او امرأة لم يشارك جميع الورثة ولو صدقها رجل وامرأتان منهم شارك المصدقين والمكذبين كذا في شرح الجامع الصغير لكن ذكر في البدائع ان العدد انما اشترطه من جعل التصديق شهادة اما على من جعله اقرارا فلا يشترط العدد ايضا وظاهر عبارة الخانية انه لا بد من العدد عند الكل ليتعدى في حق الكل بحر وقوله في حق الكل أي كل الورثة المصدقين والمكذبين جميعا (قوله ان مات بعد الانكار) أي ان مات الزوج (قوله هذا في حق الارث ظاهر) لانه خالص حقهم (قوله ان كانوا من اهل الشهادة) يحترز به عما اذا لم يكونوا من اهل الشهادة فانه لا يثبت الا في حق المقرين منهم (قوله بان صدقها رجلان) أي عدلان شيخنا وفي الدر مانصه ونقل المصنف عن الزيلعي ما يفيد اشتراط العدالة ثم قال فقول شيخنا وينبغي ان لا تشترط العدالة مما لا ينبغي قلت وفيه انه كيف تشترط عدالة المقر اللهم الا ان يقال لاجل السراية الخ (قوله وجب الحكم باثبات نسبه) استحسانا لانهم قائمون مقام الميت فيشارك المصدقين والمكذبين جميعا زيلعي (قوله والصحيح انه لا يشترط لفظ الشهادة) وجهه ان ثبوت نسب من ولدته المعتدة بعد موت زوجها على انكار ولادتها في حق غير المصدقين تبع للثبوت في حقهم والتبع يراعى فيه شرائط المتبوع لا شرائط نفسه زيلعي (قوله فصاعدا) اي أو اكثر من ستة اشهر من وقت التزوج وانتصابه على الحال وذو الحال محذوف تقديره فذهب صاعدا كما في قوله اذهب راشدا عيني (قوله ان سكت الزوج او اعترف) قيد به للاحتراز عما لو نفاه ولاعن (قوله وان كان اقل منه لا يثبت منه) لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه ويفسد النكاح لاحتمال انه من زوج آخر بنكاح صحيح او شبهة عيني وكذا لو اسقطت لاقل من اربعة اشهر اذا كان قد استبان خلقه لانه لا يستبين في اقل منها ولو جاءت به لستة من غير زيادة كانت كالاكثر لاحتمال انه تزوجها واطئا لها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته نهر (قوله فبشهادة امرأة) او رجل كما في الجوهرة وظاهر تنكير المرأة انه لا فرق بين ان تكون قابلة او لا حموي (قوله مقبولة الشهادة) بان كانت حرة مسلمة عدلة نهر (قوله يثبت نسبه) لان الفراش قائم والمدة تامة فوجب القول بثبوته اعترف به او سكت او انكر زيلعي (قوله حتى لو نفى الزوج بعده يلاعن) ولا ينتفي الا باللعان لانه ولد المنكوحة ولا يقال كيف يجب اللعان بنفي نسب ثبت بشهادة المرأة وهو حد على ما عرف لانا نقول النسب لا يثبت بشهادة المرأة وانما يثبت بها تعيين الولد ثم يثبت النسب بعد ذلك بالفراش ضرورة كونه مولودا في فراشه زيلعي (قوله فالقول لها وهو ابنه) لان الظاهر يشهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح فان قيل الظاهر يشهد له ايضا لان الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات والنكاح حادث قلنا النسب مما يحتال لاثباته احتياطا للولد الا ترى انه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق وسائر التصرفات لا تثبت به زيلعي (قوله أي ولده) في هذا التفسير نظر فان الولد اعم من الابن والتفسير بالاعم لا يجوز حموي (قوله ويجب أن تستحلف عندهما) لان الاختلاف هنا في النسب والنكاح وهما من الستة المختلف فيها قال في النهر وسيأتي ان الفتوى انها تحلف ولا تحرم عليه بهذا لجواز ان تكون حاملا من زنا حين تزوجها قال في الشرنبلالية قلت ولا تسمع بينته ولا بينة ورثته على تاريخ نكاحها بما يطابق قوله لانه شهادة على النفي معنى فلا تقبل والنسب يحتال لاثباته مهما امكن والامكان ههنا بسبق التزوج بها سرا بمهر يسير وجهرا باكثر سمعه الشهود وهذا جوابي لحادثة انتهى (قوله ولم تطلق عند أبي حنيفة) لانها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة لان قبول شهادة النساء ضرورية فلا تظهر في حق الطلاق لانه ليس من ضرورات الولادة اذ الطلاق ينفك عن الولادة في الجملة وان صار من لوازمها هنا باتفاق الحال كمن اشترى

(اوتصديق الورثة) ان مات بعد الانكار ولم يشهد على الولادة احد هذا في حق الارث ظاهر وفي حق النسب ان كانوا من اهل الشهادة بان صدقها رجلان أو رجل وامرأتان منهم وجب الحكم باثبات نسبه ويشترط لفظ الشهادة في مجلس الحكم عند البعض والصحيح انه لا يشترط لفظ الشهادة وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال اوتصديق الورثة (و يثبت نسب ولد (المنكوحة لستة اشهر فصاعدا) من وقت النكاح (ان سكت الزوج أو اعترف وان كان اقل منه لا يثبت منه (وان جحد) الزوج الولادة في حال قيام النكاح (فبشهادة امرأة) مقبولة الشهادة (على الولادة) يثبت نسبه منه حتى لو نفى الزوج بعده يلاعن وذلك عندنا وعند الشافعي بشهادة اربع نسوة وعند مالك وابن أبي ليلى بشهادة امرأتين وعند زفر لا يثبت بشهادة النساء (فان ولدت ثم اختلفا فقالت نكحتني منذ ستة اشهر وادعى) الزوج (الاقل فالقول لها وهو ابنه) أي ولده ويجب ان تستحلف عندهما خلافا لابي حنيفة فان حلفت يثبت نسبه منه وان نكلت فلا (ولو علق طلاقها بولادتها) فقالت ولدت (وشهدت امرأة) قابلة مقبولة الشهادة (على الولادة) لم تقبل و(لم تطلق) عند أبي حنيفة

لحمافاخبره عدل انه ذبيحة المجوسي قبلت شهادته فى حق حرمة اللحم لا فى حق الرجوع على البائع بالثمن زيلعى (قوله وعندهما تقبل فتطلق) لان شهادتهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال عينى (قوله بلاشهادة) لان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة ولانه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها فى رد الامانة وعلى هذا الخلاف لو كان الحبل ظاهرا (قوله وعندهما تشترط شهادة القابلة) لانها تدعى الحنث فلا يقبل قولها بدون الحجة وشهادة القابلة حجة فى مثله على ماذكرنا عينى واما النسب ولوازمه كامومية الولد فلا يثبت بدون شهادة القابلة اتفاقا در وقوله كامومية الولد يعنى اذا كانت امة ودخل تحت الكاف اللعان و وجوب الحد عند عدم اهليته له (قوله واكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى فى البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل در رأى بقدر مكث ظله حين الدوران وهذا تمثيل لغاية السرعة فان ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال ور واية المبسوط والايضاح و بعض نسخ الهداية ولو بفلكة مغزل أى ولو بدورة فلكة مغزل والمغزل بتثليث حركات الميم وفتح الزاى عزمى والفلكة بفتح الفاء حجر مدورمثقوب تجعله النساء فى المغزل شيخنا (قوله وعند الشافعى أربع سنين) وهو المشهور من مذهب مالك وابن حنبل وقال ربيعة سبع سنين وقال الليث بن سعد ثلاث سنين وقال عباد ابن العواد خمس سنين وعن الزهرى ست سنين وقال أبو عبيدة ليس لاقصاه وقت يوقف عليه و تعلقوا فى ذلك بحكايات منها ما روى ان الضحاك بقى فى بطن امه أربع سنين فولدته امه وقد نبتت ثناياه وهو يضحك فسمى بذلك والحجة عليهم ماسبق عن عائشة وهو محمول على السماع لانه لا يدرك بالرأى ولان احكام الشرع تبنى على الاعم الاغلب وما زاد على ذلك فى غاية الندرة فلا تتعلق بها الاحكام زيلعى (قوله واقلها ستة أشهر) بالاجماع لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله فى عامين فبقى للحمل ستة اشهر روى هذا عن على وابن عباس عينى (قوله فلو نكح امة فطلقها) واحدة كما سيجىء واعلم أن الطلاق ليس بقيد قال الزيلعى وكذلك اذا اشترى زوجته قبل ان يطلقها فى جميع ماذكرنا من الاحكام لان النكاح يفسد بالشراء وتكون معتدة ان كان بعد الدخول حتى لا يجوز له أن يزوجها لغيره مالم تحض حيضتين فيكون ما ولدته قبل ستة اشهر ولد المنكوحة و بعده ولد المملوكة لما بينا أن الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات الخ (قوله فاشتراها) ليس بقيد بل المراد انها دخلت فى ملكه باى سبب كان ولا بد من كونه قبل الاقرار بانقضاء عدتها قيد به فى الفتح قال فى البحر ولم يبين مفهومه واقول انما لم يبينه استغناء بما مر من انه مع الاقرار يشترط ان تأتى به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار لا من وقت الشراء كما قال هنا نهر (قوله لزمه) سواء اقر به أو نفاه زيلعى (قوله أى يثبت نسبه منه بلادعوة) لانه ولد المعتدة لتقدم العلوق على الشراء لانه لما طلقها وجبت عليها العدة ثم بالشراء لم تبطل العدة فى حق غيره وان بطلت بالنسبة اليه لحلها له بملك اليمين زيلعى (قوله لا يثبت نسبه منه الا أن يدعيه) لانه ولد المملوكة لا المعتدة لتأخر العلوق عن الشراء زيلعى (قوله الا أن تلد لاقل من ستة أشهر منذ طلقها) ولتمام ستة اشهر أو اكثر من وقت التزوج لان العلوق حدث فى حال قيام النكاح وان كان أقل لا يلزمه لان العلوق سابق على التزوج زيلعى (قوله الى سنتين من وقت الطلاق) لانه لا يمكن اضافة العلوق الى ما بعد الشراء للحرمة الغليظة فيضاف الى ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرها على الصلاح (قوله ان كان فى بطنك الخ) قيد بالتعليق لانه لو قال هذه حامل منى لزمه الولد وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر الى سنتين حتى ينفيه نهر عن الغاية (قوله فشهدت امرأة) ظاهره يعم غير القابلة در (قوله يثبت نسبه منه) لان سبب ثبوت النسب وهو الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو منى وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة اتفاقا درر (قوله بلادعوة) عبارة العينى لانه يثبت بدعوته ولا يخفى ما بينهما من المخالفة ويمكن حمل كلام الشارح على ما بعد الانفصال فلا تشترط الدعوة وكلام العينى على ما قبله فلا مخالفة كذا قيل واقول الظاهر أن مراد العينى بالدعوة فى قوله لانه يثبت بدعوته ما سبق من قوله ان كان فى بطنك ولد فهو منى فلا حاجة الى

وعندهما تقبل فتطلق هذا اذا لم يقر بالحبل (وان كان اقر بالحبل) ثم علق طلاقها بالولادة فقالت ولدت وكذبها الزوج (طلقت بلاشهادة) قابلة عنده وعندهما تشترط شهادة القابلة (واكثر مدة الحمل سنتان) من وقت التزوج وعند الشافعى أربع سنين (وأقلها ستة أشهر فلو نكح امة فطلقها فاشتراها فولدت لاقل من ستة أشهر منه) أى من وقت الشراء (لزمه) أى الولد الرجل أى يثبت نسبه منه بلادعوة (والا) أى وان ولدت لستة أشهر أو اكثر (لا) يثبت منه الا أن يدعيه هذا اذا طلقها بعد الدخول بها بائنا واحدا أو خلعا او رجعيا اذ لو كان قبل الدخول بها لا يلزمه الولد الا أن تلد لاقل من ستة أشهر منذ طلقها وان طلقها اثنتين حرمت عليه حرمة غليظة يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق (ومن قال لامته ان كان فى بطنك ولد فهو منى) فقالت ولدت (فشهدت امرأة) قابلة (على الولادة) يثبت نسبه منه بلادعوة (فهى ام ولده) مقبولة الشهادة

دعوة اخرى وهذا هو محمل قول الشارح بلا دعوة فتدبر (قوله هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار) لتيقننا بوجوده في ذلك الوقت زيلعي (قوله اما اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا فلا يلزمه) لاحتمال العلوق بعده زيلعي (قوله يرثانه) والقياس ان لا يكون لها الارث لان النسب يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء بشبهة وبامومية الولد فلا يكون الاقرار به اقرارا بالزوجية لما وجه الاستحسان ان المسئلة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بالحرية والاسلام وبكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين للنسب فعند اقراره بالبنوة يحمل عليه ما لم يظهر خلافه لا يقال ان النكاح ثبت مقتضى ثبوت النسب فيقدر بقدر الحاجة لانا نقول النكاح غير متنوع الى نكاح موجب للارث والنسب والى غير موجب لهما اذا تعين النكاح الصحيح لزم بلوازمه زيلعي (قوله فقال وارثه الخ) ليس بقيد بل الجهل بالحرية كاف في منع ارثها سواء قال الوارث ذلك أم لا أو كان صغيرا وفي سكوته عن المهر ايذان بعدم وجوبه وأوجب الاتقاني لها مهر المثل لانهم أقروا بالدخول ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم وارتضاه في الفتح ورده الاتقاني بان الدخول انما يوجب مهر المثل في غير صورة النكاح اذا كان الوطء عن شبهة ولم يثبت النكاح هنا والاصل عدم الشبهة نهر (قوله فلا ميراث لها) لان الحرية الثابتة بظاهر الحال تصلح لدفع الرق ولا تصلح لاستحقاق الارث كاستصحاب الحال وعلى هذا لو قال الوارث انها كانت نصرانية وقت موت أبي ولم يعلم اسلامها فيه أو قال كانت زوجة له وهي امة ينبغي ان لا ترث لما قلنا زيلعي (تتمـــة) لثبوت النسب ثلاث مراتب احداها النكاح وما في معناه من النكاح الفاسد والحكم فيه انه يثبت من غير دعوة ولا ينتفي بمجرد النفي وانما ينتفي باللعان في النكاح الصحيح دون الفاسد اذ لا لعان في النكاح الفاسد الثانية أم الولد والحكم فيها أن يثبت النسب من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي وهذا اذا كان يحل له وطؤها والا لم يثبت بدون الدعوة كام ولد كاتبها مولاها أو أمة مشتركة بين اثنين استولداها ثم جاءت بولد لا يثبت الا بالدعوة الثالثة الامة اذا جاءت بولد لا يثبت النسب بدون الدعوة عندنا خلافا للشافعي حموي عن الظهيرية واعلم أن أم الولد اذا حرمت عليه بوطء أبيه أو ابنه أو بوطء أمها ونحوه لم يثبت نسب الولد الذي جاء بعد التحريم الا بالدعوة لانقطاع الفراش زيلعي وفي الظهيرية أم الولد اذا نكحت نكاحا فاسدا ودخل بها الزوج وجاءت بولد يثبت النسب من الزوج وان ادعاه المولى حموي

(باب الحضانة)

بالفتح والكسر مصباح لما ذكر ثبوت النسب عقب أحوال العدة ذكر من يكون عنده الولد حموي (قوله وهي التربية) أي تربية الولد أي تكفل المرأة لتربيته واعلها مأخوذة من حضن الطائر بيضه اذا جثم عليه بحضنيه أي جنبيه حموي وفي الدر من حضن الطائر بيضه يحضنه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحه وكذلك المرأة اذا حضنت ولدها انتهى وحضن من باب نصر عزمي عن تاج الاسماء والحضن ما دون الابط الى الكشح نهر والكشح بوزن الفلس ما بين الخاصرة الى الضلع الخلف والحضر وسط الانسان مختار صحاح (قوله أحق الناس) أشار بتقدير المضاف اليه الى تصحيح كلام المصنف عربية وهي حق من تثبت له لا حق الولد على المفتى به وعليه فلا تجبر وعلى الثاني تجبر حموي ونقل عن المنصورية أن أم الصغيرة اذا امتنعت عن امساكها ولا زوج للام تجبر عليه وعليه الفتوى ونقل عن الظهيرية ما يفيد أن الخلاف في انها تجبر أو لا مقيد بما اذا كان للصغير ذات محرم اخرى فاذا لم تكن تجبر على الحضانة اتفاقا لئلا يضيع الولد وليس المراد من قوله فاذا لم تكن الخ عدم وجود غيرها بل ما هو الاعم مما لو وجدت وامتنعت من القبول نهر (قوله امه) ولو كتابية أو مجوسية نهر لما روي أن امرأة جاءت له عليه الصلاة والسلام فقالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه انه ينتزعه مني فقال

هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار اما اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا فلا يلزمه (ومن قال لغلام هو ابني ومات) القائل (فقالت امه انا امرأته وهو ابنه يرثانه) هذا اذا كانت المرأة معروفة بانها حرة وبانها ام الغلام (فان جهلت حريتها فقال وارثه انت ام ولد ابي) ولست بعرسه او جهلت زوجية ابي (فلا ميراث لها) *(باب الحضانة)* وهي التربية يقال حضنته حضانة اذا ربيته وهو (احق) الناس (بالولد) الصغير (امه)

عليه السلام أنت أحق به مالم تنكحي زيلعي لكن لا يدفع اليها حتى تطلبه حموي عن المفتاح والحواء بالكسر بيت من الشعر والجمع الاحوية (فـرع) تستحق الام الاجرة على الحضانة حيث لم تكن منكوحة ولا معتدة نهر عن السراج وفي البحر وثلاث الاجرة غير اجرة ارضاعه وفيه ظاهر الولوالجية أن اجرة الرضاع غير نفقة الولد للعطف وهو للمغايرة فعلى هذا يجب على الاب ثلاثة اجرة الرضاع واجرة الحضانة ونفقة الولد شرنبلالي وحكى في النهر اختلافا في اجرة المسكن الذي يحضن فيه الصبي واختلف الترجيح أيضا واعلم أن تقييدا ستحقاق الام اجرة الحضانة بما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة انما هو بالنسبة لولده منها أما ولده من غيرها فلها ذلك مطلقا سواء كان النكاح قائما اولا صرح به الزيلعي بقوله ولو استأجر منكوحته لترضع ولده من غيرها جاز فما في الدرر من تقييده استحقاقها بقوله ولو طلبت بعد عدة أوفيها الخ قال الشيخ شاهين وقع اتفاقا ثم اعلم ان المعتدة من طلاق رجعي ليس لها طلب الاجرة لارضاع ولدها اتفاقا وفي المبتوتة روايتان درر والفتوى على ان لها ذلك شرنبلالية وفي النهر عن الفتح لو كان الاب معسرا وأبت الام أن تربيه الا بأجرة وقالت العمة أنا اربي بغير أجرة فالعمة أولى هو الصحيح وقيده في كشف القناع للشرنبلالي بما اذا كانت غير متزوجة بغير محرم للصغير لانها حينئذ لا حق لها في أخذ الولد وهل ترجع العمة المتبرعة بالحضانة على الاب اذا أيسر بالاجرة قيل نعم درعن المجتبى وحاصل ماذكره في كشف القناع أنه اذا قدر أن كل مستحقة للحضانة أو مستحق لها ولو محجو بالم يرض بامساك الصغير أو الصغيرة الا باجر أو بأزيد من أجر المثل فحينئذ اذا توفرت شروط القسام بالصغير في المتبرعة تقدم فان احتمل حالها الا يدفع اليها الان الام اذا كانت فاجرة أو تخرج غالب الاوقات وتترك البنت ضائعة لا تستحق حضانة فكيف اذا كانت المتبرعة عما بتها وتقييدهم العمة باليسار والاب بالاعسار يستفاد منه أن الاب اذا كان موسرا تكون الام أحق بامساك الولد بأجر المثل نظرا للصغيرة اذ لا ضرر فيه على الاب الموسر فلا تقدم العمة المتبرعة وحيث علمت ما قدمناه فنقول يجب على الحاكم اذا ادعى الاب وجود متبرعة أن يحتاط فلا يجيبه بمجرد ادعائه ولا بمجرد حصول امرأة تدعي التبرع لان الحق ثابت للام شرعا فلا يبطل بمجرد قول غيرها ولا بحضور المدعية وطلبها أخذ الولد فانه قد يفعل تواطؤا وتحيلا لاسقاط ما قرر على الاب فاذا مالت الام الى ترك الولد لعدم قدرتها على ترك الغرض مع امساك الولد لضرورة مؤنتها واحتياجها يحتاط في أمر الصغير وينظر في أمر الاجنبية التي تزعم التبرع لدفع التواطئ مع الاب والتحيل على الام لاضاعة التقرير وتحملها بالصغير هل للاجنبية لبن وهل معها رضيع يزاحم الذي تريد التبرع بارضاعه وحضانته وهل لها زوج ويرضى بأخذ لولد ويرضى بمزاحمته لابنه في الرضاع والسهر والقيام وهل للمتبرعة قوة وقدرة على القيام واذا لم يصدق زوجها على ارادة التبرع منها فلا يقبل قول الوالد ويبقى الولد على امه ويلزم الاب باجرة ارضاع والحضانة كذا ذكره الشرنبلالي في كشف القناع وفيه نظر من وجهين أما أولا فقوله وهل لها زوج ويرضى بأخذ الولد الخ صريح في أن تزوجها غير مانع والظاهر عدم تسليمه ألا ترى الى ما سبق من تقييد العمة المتبرعة بعدم تزوجها بأجنبي من الصغير فاذا كان هذا شرطا في العمة مع ان لها حقا في الحضانة في الجملة فكيف بمن لا حق لها اللهم الا أن يحمل زوجها على ما اذا كان محرما للصغير وأما ثانيا فتصريحه هنا بأن الصغير يدفع للاجنبية عند توفر الشروط مخالف لما ذكره في حاشية الدرر حيث ذكر أن الاجنبية تؤمر بالارضاع عند الام مالم تتزوج بخلاف من لها حق في الحضانة حيث لا تؤمر بالارضاع عند الام بل تؤمر الام بدفع الصغير اليها بالشرط المتقدم وهو عدم كونها متزوجة بغير محرم الصغير وبهذا يحصل التوفيق في كلام صاحب الدرر حيث ذكر أولا أن الاب اذا وجد مرضعة بلا أجر ليس للام منعه ولكن ترضعه في بيتها مالم تتزوج الام ثم ذكر في جانب العمة أن الام تدفعه اليها فاذا حملنا ما ذكره أولا من المرضعة بلا اجر على الاجنبية انتفت المخالفة وهذا يصلح جوابا لقوله في البحر لم أر من صرح بأن الاجنبية كالعمة وأن الصغيرة تدفع اليها اذا كانت متبرعة والام

تريد الاجر على الحضانة ولا يقاس على العمة لانها حاضنته في الجملة انتهى ولم أر ما المراد بيسار العمة في كلام صاحب الدرر وغيره كفتح القدير والظاهر أن المراد به القدرة على الحضانة (قوله قبل الفرقة وبعدها) سواء كانت الفرقة بالطلاق أو بالموت حموي عن المفتاح (قوله الا ان تكون مرتدة) فانها تحبس وتضرب فلا تتفرغ للحضانة در وحتى اذا أسلمت عاد حقها في الحضانة كما كانت عزمي عن الظهيرية (قوله أو فاجرة غير مأمونة) مقتضى التقييد أن مطلق الفجور لا يوجب سقوط حق الحضانة ما لم يقترن بعدم الامن خلافا لظاهر الزيلعي والعيني والدرر ولهذا قال في العزمية ولا ينبغي اهمال هذا القيد لان الكافرة أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان فالفاجرة المأمونة أولى انتهى واعلم أن في قصر الاستثناء على المرتدة والفاجرة قصورا اذ الامة وام الولد والمدبرة والمكاتبة لا حق لهن وكذا الفاسقة والتي تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت سارقة أو مغنية أو نائحة والمكاتبة أحق بولدها المولود في الكتابة لدخوله فيها بخلاف المولود قبلها واعلم ان ما سبق من انه لا حق للامة ونحوها مقيد بما اذا لم يكن الولد رقيقا فان كان حرا كن احق به در عن المجتبى معللا بأنه للمولى وفيه عن مصنف التنوير ان الفاسقة بترك الصلاة لا حضانة لها خلافا لما ذكره في البحر بحثا انتهى واقول تقدم ان مجرد الفجور لا يوجب سقوط حق الحضانة الا اذا كانت غير مأمونة وتقدم انه لا ينبغي اهمال هذا القيد وعليه فعدم السقوط بترك الصلاة يكون بالاولى حيث كانت مأمونة وحينئذ فبحث صاحب البحر قوي خلافا لما ذكره مصنف التنوير وان اقره في الدر (قوله ثم ام الام) وان علت اذا لم يكن له ام بأن كانت ميتة او ليست اهلا للحضانة أو لم تقبل الولد او اسقطت حقها او تزوجت بأجنبي لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فام ام الام اولى من ام الاب هو الصحيح وذكر الخصاف ان الخالة اولى من ام الام حموي عن البرجندي (قوله ثم ام الاب) وان علت لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراث الامهات السدس ولانها اوفر شفقة درر واما ام ابي الام فتؤخر عن ام الاب بل عن الخالة ايضا در عن البحر (قوله وقال زفر الاخت لاب وام الخ) لانها تدلي اليه بقرابة الاب وهن يدلين بقرابة الام فكن احق لان الحضانة تستحق باعتبار قرابة الام ونحن نقول هذه ام لان لها قرابة الولاد وهي اشفق فكانت اولى كالتي من جهة الام ولهذا تحرز ميراث الام كما تحرز ثلث زيلعي (قوله اولاب) كذا في بعض النسخ وفيه نظر لانها ليست من قرابة الام (قوله ثم الاخت الخ) لان بنات الابوين اولى من بنات الاجداد درر كذا بناتهن و بنات الاخ فتقدم بنت الاخت الشقيقة ثم لام على الخالات والعمات وقال في السراج ثم بعد بنات الاخت تكون لبنات الاخ شرنبلالية (قوله ثم الاخت لاب وام ثم لام) وجه تقديم الشقيقة على التي لام انها اشفق وقال زفر يشتركان لاستوائهما في الادلاء بالام وهو المعتبر وجهة الاب لا مدخل لها فيه ونحن نقول انها تصلح للترجيح نهر (قوله ثم لاب) وفي بعض الروايات الاولى بعد الاخت لام هي بنت الاخت لاب وام ثم بنت الاخت لام ثم الخالة ثم بنات الخالة ثم الاخت لاب وفي مبسوط صدر الاسلام جعل الاخوات مطلقا اولى من الخالات لانهن من اصحاب الفروض والخالات من ذوي الارحام حموي عن البرجندي (قوله وفي رواية الخالة اولى) لانها تدلي بالام وتلك بالاب وهذه رواية كتاب الطلاق ووجه الاولى وهي رواية كتاب النكاح نهر قرب القرابة قال في الفتح فعلى رواية كتاب النكاح تدفع بعد الاخت لاب الى بنت الاخت الشقيقة ثم الى بنت الاخت لام ثم الى بنت الاخت لاب ثم الى الخالة الشقيقة انتهى وفي غيره اولاد الاخوات لاب وام او لام احق من العمات والخالات باتفاق الروايات واما اولاد الاخوات لاب فالاصح ان الخالة منهن اولى انتهى (قوله ثم الخالات كذلك) لان قرابة الام ارجح في الحضانة والخالة اولى من بنات الاخ لانها تدلي بالام وتلك بالاخ درر وهو مخالف لما في الجوهرة والسراج ونصه بنات الاخ اولى من العمات والخالات شرنبلالية وقال في العزمية قوله والخالة اولى من بنات الاخ الخ اقتفى في ذكر هذه المسئلة هنا اثر الزيلعي والظاهر أن تكون مسئلة مبتدأة للسياق فان

قبل الفرقة وبعدها) الا ان تكون مرتدة أو فاجرة غير مأمونة (ثم ام الام ثم ام الاب) وقال زفر الاخت لاب وام أو لام أو لاب والخالة أحق من ام الاب) (ثم الاخت لاب وام ثم لام ثم لاب) وفي رواية الخالة أولى من الاخت لاب (ثم الخالات كذلك

دربها تحت قوله كذلك كما هو الظاهر لا يظهر له وجه صحة (قوله ثم العمات كذلك) وبعدهن خالة الام الشقيقة ثم لام ثم لاب ثم عماتها كذلك وخالة الام أولى من خالة الاب عندنا ثم خالات الاب وعماته على هذا الترتيب وأما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فلا حق لهن في الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية نهر (قوله ومن نكحت غير محرمه الخ) لما روينا ولان زوج الام يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا زيلعي وقوله نزرا أي قليلا وشزرا أي نظر المبغض عناية (قوله سقط حقها) فينتقل الحق الى غيرها كأمها مثلا وقيده في القنية بان لا تمسك الصغير في بيت الاجنبي الذي هو زوج ابنتها أي زوج أم الصغير فان فعلت كان للاب ان يأخذه منها ولو أمسكته الخالة في بيت أجنبي عازبة استظهر في البحر سقوط حضانتها قياسا على ما مر وخالفه في النهر للفرق البين بين زوج الام والاجنبي ولو كان رحما فقط كابن العم فهو كالاجنبي ولو ادعى زواجها وانكرت فالقول لها ولو أقرت به لكنها ادعت الطلاق فان لم تعين الزوج فالقول لها الا ان عينته وينبغي ان يكون مع اليمين في الفصلين نهر (قوله ثم يعود بالفرقة) لزوال المانع كالناشزة تسقط نفقتها ثم اذا عادت الى منزل الزوج تجب وكذا الولاية تسقط بالجنون والارتداد ثم اذا زال ذلك عادت الولاية ثم اذا كان الطلاق رجعيا لا يعود حقها حتى تنقضي عدتها لقيام الزوجية زيلعي واعلم أن كلام الزيلعي يشير الى ما في الشرنبلالية حيث ذكر أن هذا من قبيل زوال المانع لا عود الساقط وقولهم سقط حقها معناه منع منه مانع انتهى ولهذا قال في النهر ان في التعبير بالسقوط تجوزا (قوله ثم العصبات بترتيبهم) فيقدم الاب ثم الجد ثم الاخ الشقيق ثم لاب ثم بنوه كذلك ثم العم ثم بنوه واذا اجتمعوا فالاورع ثم الاسن در واما أولاد الاعمام وموالى العتاقة فانما يدفع اليهم الصغير دون الصغيرة قال في البحر وينبغي ان يقيد بما اذا كانت تشتهى وكان غير مأمون عليها قال العلامة الحموى ما بحثه صاحب البحر ترجاه البرجندى حيث قال ولعل ذلك اذا بلغت حد الشهوة انتهى قلت هذا الذي بحثه في البحر وغيره كالبرجندى يؤخذ من تعليل العينى المسئلة بالتحرز عن الفتنة ونص عبارته لا تدفع الى غير المحرم من الاقارب كابن العم ولا الى الام التي ليست بمأمونة ولا للعصبة الفاسق ولا الى مولى العتاقة تحرزا عن الفتنة بخلاف الغلام الخ وقالوا ان كان في المحارم من لا يؤمن على الصبي والصبية فلا حق له في الحضانة وفي تحفة الفقهاء ليس للجارية غير ابن العم فالاختيار أن القاضي ان رآه أصلح ضمها اليه والا وضعها عند أمينة نهر والحاصل ان العصبة الغير المحرم كابن العم لا حق له في الحضانة مطلقا سواء وجد للصغيرة محرم وان لم يكن عصبة كالخال أو لم يوجد اصلا خلافا لما يتوهم من عبارة الدر حيث قال لا تدفع صبية الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم مع وجود محرم غير عصبة كالخال لان تقييده بوجود الخال يوهم ان لابن العم حق الحضانة عند عدمه وليس كذلك ولهذا تعقبه الشيخ شاهين بما سبق من انه اذا لم يوجد للجارية غير ابن العم فالاختيار أن القاضي ان رآه أصلح تضم اليه والا توضع على يد أمينة وسكت المصنف عن ذوى الارحام وقد قالوا اذا لم يكن له عصبة دفع اليهم فيدفع الى الاخ لام ثم الى العم لام ثم الى الخال لاب وأم ثم لاب ثم لام نهر (قوله واعلم ان كل هذا على سبيل البدلية) ان قلت انه مستفاد من العطف بثم قلت ربما يتوهم انها للترتيب في الذكر شيخنا (قوله حتى يستغنى) لانه اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والاب اقدر على ذلك درر (قوله قيل المراد بالاستنجاء الوضوء) من غير اعانة أحد (قوله وقدر بسبع) وعند مالك بان يثغر وعنه بان يثغر عينى وقوله يثغر أي يبدل اسنان اللبن قال في الصحاح الثغر ما تقدم من الاسنان قال في الفتح ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي أحدهما ولكن ينظر ان كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع للاب والا فلا شرنبلالية (قوله وهو قول الخصاف) في الظهيرية ان الخصاف قدره بسبع سنين او ثمان حموى عن البرجندى فالنقل عن الخصاف قد اختلف (قوله حتى تحيض) ولو زوجت قبل ان تبلغ لا تسقط حضانتها وقال في القنية الصغيرة اذا لم تكن مشتهاة ولها زوج لا يسقط

ثم العمات كذلك ومن نكحت) من هذه (غير محرمه) أي غير محرم الصغير (سقط حقها) أي حق الحضانة وانما قيد به لانها لو نكحت محرمه كالجدة اذا كان زوجها جدا للصغير أو الام اذا تزوجت بعم الصغير لا يبطل حقها (ثم يعود) حق الحضانة (بالفرقة ثم العصبات بترتيبهم) واعلم أن كل هذا على سبيل البدلية (والام والجدة أحق به) أي بالغلام (حتى يستغنى) فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده قيل المراد بالاستنجاء الوضوء وقيل نفس الاستنجاء (وقدر) الاستغناء (بسبع سنين) وهو قول الخصاف وعليه الفتوى (و) الام والجدة أحق (بها) أي بالجارية (حتى تحيض) وروى محمد انها

حق الام فى حضانتها مادامت لا تصلح للرجال الافى رواية عن ابى يوسف اذا كانت يستأنس بها انتهى وظاهره انها اذا صلحت للرجال قبل البلوغ و زوجها ابوها فانه لا حضانة لامها اتفاقا بحر ولو ادعى الاب حيضتها او انكرت قال فى البحر ينبغى ان يكون القول قولها وقال فى النهر ينبغى ان ينظر الى سنها فاذا بلغت سنا تحيض فيه الانثى غالبا فالقول له والالها (قوله اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب) قال صدر الشريعة وهو المعتبر لفساد الزمان وعزاه الخصاف الى الثانى قال الزيلعى و به يفتى وفى الخلاصة وعليه الاعتماد وعلى هذا فقد مشى المصنف على خلاف المفتى به حموى و بنت احدى عشر تشتهى فى قولهم وقال ابو الليث بنت تسع سنين وعليه الفتوى عزمى زاده (قوله ولا حق للامة) ولو مدبرة او مكاتبة جاءت بالولد قبل كتابتها بخلاف المولود فى كتابتها فانها احق به نهر يعنى اذا زوج المولى امته أو أم ولده ثم ولدنا لاحق لهما لعجزهما عن الحضانة مع خدمة المولى حموى عن شرح ابن الحلبى ولان فى الحضانة نوع ولاية ولا ولاية لهما على انفسهما فعلى غيرهما أولى نهر (قوله ومولاهما اولى بالولد الخ) ان كان الصغير فى الرق ولا يفرق بينه و بين امه ان كانا فى ملكه وان كان حرا فالحضانة لاقربائه الاحرار واذا اعتقا كان لهما حق الحضانة فى اولادهما الا انهما واولادهما احرار أوان ثبوت الحق زيلعى (قوله مالم يعقل دينا) قال فى النهر ولم أر من قدر لذلك مدة و ينبغى ان يقدر بسبع سنين ففى فتاوى قارى الهداية المراد بقولهم و يصح اسلام الصبى العاقل من بلغ سبعا فما فوقها لانه روى انه عليه السلام عرض الاسلام على على بن أبى طالب رضى الله عنه وهو ابن سبع سنين فاجابه لذلك قال السيد الحموى واقول هذا انما يتم اذا كان المحضون انثى اما اذا كان ذكرا فلا لانه بعد سبع سنين تتم مدة الحضانة على ان عبارة قارى الهداية لا تدل على ما ادعاه انتهى (قوله أو خيف الخ) فان خيف نزع منها وان لم يعقل دينا (قوله وقال الشافعى اذا صار مميزا خير بين الابوين) لما روى أبو هريرة ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان زوجى يريد ان يذهب بابنه وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى فقال زوجها اتحاقنى فى ولدى فقال عليه السلام هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد أيهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت به ولنا انه صغير غير رشيد ولا عارف بمصلحته فلا يعتمد اختياره ولانه لقصور عقله يختار من عنده الراحة والتخلية فلا يتحقق النظر ولا حجة له فى الحديث لانه لم يذكر فيه الفراق فالظاهر انها كانت فى صحبته لقولها ان زوجى ويحتمل انه كان بالغا هو الظاهر لان الذى يسقى من البئر هو البالغ وليس فيه دليل على انه يخير فى السبع لانه ليس فى الحديث ذكر عمره ولانه وفق ببركة دعائه عليه السلام لاختيار الانظر فلا يقاس عليه غيره زيلعى وقوله اتحاقنى بتشديد القاف أى تنازعنى فى ولدى شيخنا عن فتح باب العناية ونقل شيخنا أيضا عن المختار ان التحاق التخاصم والاحتقاق الاختصام والخلاف بيننا وبين الشافعى مقيد بما قبل البلوغ اما بعده فيخير وان أراد الانفراد فله ذلك درعن مؤيدزاده وفى الفتح والمعتوه لا يخير و يكون عند الام وظاهر ان هذا مفرع على القول بالتخيير كما هو مذهب الشافعى واذا عرف هذا فى المعتوه فالمجنون أولى نهر لكن فى دعواه ان هذا مفرع على مذهب الشافعى نظر حموى (تتمة) بلغت الجارية مبلغ النساء ان بكرا ضمها الاب الى نفسه الا اذا دخلت فى السن واجتمع لها رأى فلها ان تسكن حيث أحبت حيث لا خوف عليها وان ثيبا لا يضمها الا اذا لم تكن مأمونة على نفسها فللاب والجد ولاية الضم لا لغيرهما بحر عن الظهيرية والغلام اذا عقل واستغنى برأيه ليس للاب ضمه الى نفسه الا اذا لم يكن مأمونا على نفسه فله ضمه لدفع فتنة او عار وتأديبه اذا وقع منه شئ ولا نفقة عليه الا ان يتبرع بحر والجد بمنزلة الاب وان لم يكن لها أب ولا جد ولها أخ أو عم له ضمها ان لم يكن مفسدا وكذا الحكم فى كل عصبة ذى رحم محرم منها فان لم يكن لها أحد من العصبات أو كان وهو مفسد فالنظر فيها الى الحاكم فان كانت مأمونة خلاها تنفرد بالسكنى والا وضعها عند أمينة قادرة على الحفظ بكرا كانت أو ثيبا لانه جعل ناظرا للمسلمين عينى واذا بلغ الذكور حد الكسب يدفعهم الاب الى عمل ليكتسبوا او يؤجرهم و ينفق عليهم من اجرتهم بخلاف الاناث

اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى الا[ب]
(وغيرهما احق بها حتى تشتهى) بان
تبلغ مبلغا يجامع مثلها فانه يختلف
باختلاف الاحوال من السمن والهزال
والقوة والضعف والقبح والجمال وفى
الجامع الصغير حتى تستغنى (ولا حق
للامة وأم الولد مالم تعتقا) ومولاهما
أولى بالولد من الاب حال قيام النكاح
وبعده (والذمية أحق بولدها المسلم)
بان كان زوجها مسلما (مالم يعقل دينا)
فان عقل الاديان أو خيف ان يألف
الكفر نزع منها (ولا خيار للولد) مطلقا
سواء كان مميزا أو لا وسواء كان غلاما
او جارية وقال الشافعى اذا صار مميزا
خير بين الابوين فيكون عند من يختار
منهما

ولو

ولو الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى أمين تنوير وشرحه (قوله ولا تسافر مطلقة الخ) فى التعبير بالمطلقة ايماء الى أن المنكوحة لا تسافر به بالاولى ومنه المطلقة رجعيا وأما المعتدة عن بائن فقدم انها لا تخرج وان لم يكن معها ولد نهر (تتمة) طلب انتقالها من مصرها الى مصر آخر فظاهر الرواية كما فى الخانية والولوالجية ليس لها الامتناع وليس فى ظاهر الرواية تفصيل بين ان يكون مؤمونا اولا اذا اوفاها المعجل بحر وما فى فصول الاستروشنى معزيا الى ظهير الدين المرغينانى من ان الاخذ بقول الله تعالى أولى مردود لان النص معلول بعدم الاضرار وفى اخراجها الى غير بلدها اضرار بها فلا يجوز انتهى (قوله بولدها) قيد بالولد المضاف اليها اشارة الى ان الجدة ليس لها ذلك وكذلك أم الولد اذا أعتقت لانه لا عقد بينهما (قوله بحيث لو خرج الزوج لمطالعة الولد الخ) يؤخذ منه ما أفتى به شيخنا من ان الام الحاضنة لا تجبر على بعث بنتها الى ابيها وانما تجبر على تمكين الاب من النظر اليها (قوله والقرية مثل المصر) أى القرية التى وقع النكاح فيها مثل المصر شيخنا (قوله الا الى وطنها) ولو قرية فى الاصح در قيد بالوطن لانه لو وقع العقد فى غير وطنها ليس لها ان تنقل ولدها بدون الاذن وهذه رواية الاصل وفى الجامع الصغير ومختصر الطحاوى لها ذلك وفى الظهيرية ليس لها ان تخرج الولد الى دار الحرب وان كان أصل النكاح فيها وقوله ولا تسافر يوهم انه يجوز لها ان تنقل ولدها الى ما دون السفر أى موضع كان وليس لها ذلك على اطلاقه بل لها ان تنقله الى موضع لو خرج الاب صباحا لامكنه أن يعود اليه مساء سواء اذن الاب أولا كذا فى مبسوط صدر الاسلام وفى الظهيرية عن البقالى لها ان تنقله الى بعض نواحى المصر وان كان بحيث لا يمكن الاب الرجوع فى يومه الى وطنه قبل الليل حموى عن البرجندى ومنه يعلم أن فى التعبير بالسفر مسامحة اذ لا يصح ان يراد به السفر الشرعى لانه لا يشترط للمنع ولا ان يراد به اللغوى لانها لا تمنع اذا تقارب ما بين المكانين وكذا التعبير بمطلق الخروج لا يصح فالمراد به الخروج من بلدة الى أخرى اذا كان بينهما تفاوت الا اذا انتقلت به من القرية الى المصر بحر وفى الدر عن الشمنى اذا لم يكن بينهما تفاوت بحيث يمكنه أن يبصر ولده ثم يرجع فى نهاره لم تمنع مطلقا لانه كالانتقال من محلة الى أخرى انتهى وقوله مطلقا أى سواء كان المكان الذى تريد الانتقال اليه وطنها وقد نكحها فيه ام لا وسواء اذن لها الاب اولا واستثنى فى الدر من عدم جواز الانتقال بالولد الى دار الحرب يعنى وان كان أصل النكاح فيها كما سبق عن البرجندى ما اذا كانا مستأمنين انتهى وكذا لا يخرج الاب به من محل اقامته قبل استغنائه وان لم يكن لها حق فى الحضانة لاحتمال عوده بزوال المانع شرنبلالية عن البرهان وفيها عن السراجية للمطلق السفر بولده لزواجها الا ان يعود حقها انتهى قال وفى الحاوى القدسى محل المنع اذا لم يمكنها ان تبصر ولدها كل يوم انتهى (قوله وقد نكحها ثمة) لانه التزم المقام فيه شرعا وعرفا قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا تصير الحربية به ذمية والمسافر مقيما على ما ذكره خواهر زاده وذكر فى القنية انه لا يكون مقيما زيلعى وروى ابن أبى شيبة وابو يعلى الموصلى فى مسنده ان عثمان صلى بمنى أربعا ثم قال قال صلى الله عليه وسلم من تأهل فى بلدة فهو من أهلها يصلى صلاة مقيم وانى تأهلت منذ قدمت مكة فتح باب العناية ولو أرادت الخروج به الى ما نكحها فيه لكنه غير وطنها لم تمكن من ذلك فى الاصح نهر (قوله لانه اذا لم ينكحها ثمة الخ) فيه قصور حيث اقتصر على ذكر محترز احد القيدين وأهمل الكلام على محترز القيد الاخر والحاصل أن المصنف شرط لجواز النقل شرطين أحدهما أن يكون وطنا لها الثانى أن يكون التزوج واقعا فيه حتى لو وقع التزوج فى بلد وليس بوطن لها ليس لها أن تنقله اليه ولا الى وطنها لعدم الامرين فى كل واحد منهما وهو رواية كتاب الطلاق من الاصل وفى الجامع الصغير لها النقل الى مكان العقد قال الزيلعى والاول هو الاصح (فروع) فى الحاوى له اخراجه الى مكان يمكنها ان تبصر ولدها كل يوم كما فى جانبها وفى السراجية اذا سقطت حضانة الام واخذه الاب لا يجبر على أن يرسله لها بل هى اذا ارادت أن تراه لا تمنع من ذلك وأفتى شيخنا الرملى بان غير الاب من العصبات كالاب در وفيه عن البحر خرج بالولد ثم طلقها

(ولا تسافر مطلقة بولدها) بعد
انقضاء العدة ان كان أصل النكاح فى
... يرهى فيه الا أن يكون بين المصرين
... بحيث لو خرج الزوج لمطالعة
ولدا امكنه أن يبيت فى اهله فحينئذ
... كونه هذا كالحال المختلفة ولها أن
... تحول من محلة الى محلة أخرى والقرية
... المصر (الا) أى لا تسافر به الا (الى
وطنها و) الحال انه (قد نكحها ثمة)
... لانه اذا لم ينكحها ثمة ليس لها أن
... تنقل الولد

فطالبته بردّه ان أخرجه باذنها لا يلزمه ردّه وان بغير اذنها لزمه كما لو خرج به مع امه ثم ردّها ثم طلقها فعليه ردّه انتهى

(باب النفقة)

أورد مباحث النفقة في ذيل كتاب الطلاق تبعا للهداية فان من جلتها نفقة المطلقة وبعضهم أوردها في ذيل كتاب النكاح لترتب نفقة المنكوحة وبعضهم في كتاب على حدة لما فيها من مباحث نفقة ذوي الارحام والمماليك وهي لا تتعلق بالنكاح ولا بالطلاق حموي وهي في اللغة ما ينفقه الانسان على عياله كذا في ضياء الحلوم وبه علم أن النفقة المرادة هنا ليست مشتقة من النفوق بمعنى الهلاك ولا من النفاق بل هي اسم للشئ الذي ينفقه على عياله وفي الشرع كما قال هشام سألت محمدا عنها فقال هي الطعام والكسوة والسكنى بحر قال في النهر وكونها عبارة عما ذكر لا يمنع الاشتقاق المذكور وأقول في جواز اشتقاق اسماء الاعيان من المصادر قولان أشهرهما أنه لا يجوز وحينئذ فلا وجه لقول صاحب النهر وكونها عبارة عما ذكر لا يمنع الاشتقاق المذكور بل يمنع على المشهور حموي (قوله وهي مشتقة من النفوق الخ) مبني على القول بجواز اشتقاق أسماء الاعيان وقد علم ما فيه (قوله ونفقة الغير على الغير تجب بثلاثة أشياء الخ) وكذا تجب بسبب حبس النفس لصالح الغير كالمضارب اذا سافر بمال المضاربة والوصي أو لمصالح العامة كالمفتي والقاضي والوالي والعامل في الصدقات والمقاتلة زيلعي (قوله لانها تناسب ما تقدم) يعني من الطلاق والنكاح حموي ولا يخالفه ما في النهر حيث ذكر العدة بدل الطلاق لانها تترتب عليه (قوله تجب النفقة للزوجة) بالكتاب والسنة والاجماع وضرب من المعقول أما الكتاب فقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وأما السنة فما روى عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر في خطبة الوداع فقال اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف وأما الاجماع فان الامة اجتمعت على أن النفقة والسكنى واجبتان للزوجة على زوجها وأما المعقول فلان النفقة تجب جزاء الاحتباس زيلعي ونبه بوجوبها على أن لها أن تأكل من طعامه وتلبس من كرباسه بغير اذنه نهر عن الذخيرة ويؤيد ذلك ما ورد من قوله عليه السلام خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف وهذا اذا كان النكاح صحيحا كما سيأتي في الشارح معزيا للمبسوط فلو بان فساده أو بطلانه رجع بما أخذته من النفقة در عن البحر وما في البزازية من لزوم النفقة في النكاح بلا شهود فيه نظر نهر اذ هو من أفراد الفاسد (قوله مسلمة وكافرة) لان ما سبق في الدلائل لا فصل فيها هداية (قوله موطوءة أو غير موطوءة) يعني مدخولا بها أو لا وليس المراد بغير الموطوءة من لا تصلح للوطء لما سيأتي من قوله ولا صغيرة لا توطأ (قوله منتقلة الى بيت الزوج أو غير منتقلة) أي ولم يطلب الزوج النقلة كما سيأتي قريبا وينبغي أن يتأمل في الفرق بين قوله غير منتقلة الخ وبين قوله لم تزف حموي وأجاب شيخنا بأن النفقة انما وجبت لغير المنتقلة لانه لم يقم بها مانع من الاستمتاع بها قبل التسليم وفي المريضة قبل زفافها قام المانع على أن المفتي به وجوب النفقة للمريضة قبل الزفاف وعليه فلا فرق بينهما انتهى (قوله على زوجها) ولو صغيرا جدا في ماله لا على أبيه الا اذا ضمنها در وقال قاضيخان وان كانت كبيرة وليس للصغير مال لا تجب على الاب نفقتها ويستدين الاب عليه ثم يرجع على الابن اذا أيسر وقيده في الشرنبلالية بما اذا كان في تزويج الصغير مصلحة ولا مصلحة في تزويج قاصر ومرضع بالغة حد الشهوة وطاقة الوطء بمهر كثير ولزوم نفقة يقررها القاضي

تستغرق

(باب النفقة) وهي مشتقة من النفوق الهلاك أو النفاق الرواج لان بها هلاك المال أو لانها تروج في مصالح الحال ونفقة الغير على الغير تجب بثلاثة أشياء بالزوجية والقرابة والملك فبدأ بنفقة الزوجات لانها تناسب ما تقدم وغيرها واقع استطرادا حيث قال (تجب النفقة للزوجة) مطلقا سواء كانت تزف الى بيت زوجها أو لم تزف وسواء كانت مسلمة او كافرة غنية او فقيرة موطوءة او غير موطوءة منتقلة الى بيت زوج أو غير منتقلة (على زوجها) مطلقا سواء كان غنيا او فقيرا حاضرا او غائبا

تستغرق ماله ان كان أو بصيرذا دين كثير ونص المذهب أنه اذا عرف الاب بسوء الاختيار مجانة اوفسقا فالعقد باطل اتفاقا الخ (قوله والكسوة) فى الظهيرية النفقة الواجبة هى المأكول والملبوس والسكنى فعلى هذا يكون ذكر الكسوة فى كلام المصنف تخصيصا بعد تعميم حموى (قوله ولو كانت مانعة نفسها للمهر) أى لاجل قبض المهر المقدم وهو الذى تعورف تقديمه فى بلاد وزمان لانه منع بحق التقصير من جهته فلا تسقط النفقة به وان كان بعد الدخول عند أبى حنيفة وعندهما تسقط الا اذا كانت دون البلوغ لعدم صحة تسليم الاب عينى وكذا لا تسقط نفقتها بمنعها نفسها للمهر اذا كان كله مؤجلا عند الثانى وعليه الفتوى بحر ونهر وارتضاه محشى الاشباه در (قوله لها عليه فوق ما يفرض) لها لو كانت معسرة فيخاطب بقدر وسعه والباقى دين عليه اذا أيسر نهر (قوله وباجة) الباجات الوان الاطعمة يهمز ولا يهمز وهو معرب وأصله بالفارسية باها صحاح فى باج (قوله لا يجب عليه أن يطعمها ما يأكل بنفسه) بل يندب در (قوله ولا ما كانت تأكل فى بيتها) أى ولا يجوز له أن يطعمها ما كانت تأكل الخ ولا يصح ان يكون تقدير كلامه ولا يلزمه أن يطعمها ما كانت تأكل الخ كما هو ظاهر (قوله وقال الكرخى الخ) لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة أبى سفيان خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة وأما النص فنحن نقول بموجبه أنه يخاطب بقدر وسعه والباقى دين فى ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الامام الشافعى على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا هداية والحاصل أن كلام الهداية يشير الى أنه انما اعتبر حالهما معا جمعا بين الآية والحديث لان الآية تقتضى اعتبار حاله والحديث يقتضى اعتبار حالها فاعتبرنا حالهما عملا بهما وبه صرح الزيلعى (قوله أى لا يجبان لو كانت ناشزة) أشار بهذا التقدير الى ان قوله لا ناشزة معطوف على قوله مانعة ولم يجعله معطوفا على قوله للزوجة لفقد شرط العطف بلا لو كان معطوفا عليه حموى وذلك الشرط أن لا يصدق أحد متعاطفيها على الآخر لا تقول جاءنى رجل لا زيد ويصح لا امرأة شيخنا وأما ما قيل من ان الاولى ان تكون لا اسما بمعنى غير صفة لزوجة ظهر اعرابها على ما بعدها لكونها على صورة الحرف فتعقب بأن مجىء لا اسما لا يقول به بصرى وعلى كونها اسما فهى نكرة فلا يصح جعلها صفة للزوجة وأيضا كونها على صورة الحرف لا يقتضى نقل اعرابها لما بعدها بل كونها فى محل كذا فالحق على قول الكوفيين انها هنا صفة فى محل جر وما بعدها مجرور باضافتها اليه ويعتذر عن وصف المعرفة بالنكرة بان المعرف بأل الجنسية نكرة معنى (قوله حتى تعود الى منزلها) ولو بعد سفره خلافا للشافعى والقول لها بيمينها فى عدم النشوز وتسقط به المفروضة لا المستدانة فى الاصح كالموت در (قوله خروج المرأة من منزل الزوج) خرج به ما لو منعته من الوطء فانها لا تكون ناشزة وهذا اى نشوزها بالخروج من منزله ولو حكما بان منعته من الدخول عليها اذا سكن بها فى منزلها على ما سيأتى مقيدا بما اذا كان بغير عذر شرعى فلو ابت السكنى فى مكانه المغصوب او بعث اجنبيا يحملها اليه فأبت ان تذهب معه لم تكن ناشزة وكذا لو سكن بها فى منزلها المملوك لها فمنعته من الدخول عليها قبل ان تسأله ان يحولها الى منزله او يكترى لها منزلا آخر لانها كالخارجة الى موضع آخر نهر وفيه لو سلمت نفسها بالليل دون النهار او عكست كانت ناشزة قال فى المجتبى وبه عرف جواب مسئلة هى ما لو تزوج من المحترفات التى تكون فى النهار فى مصالحها وبالليل عنده فانه لا نفقة لها وفيه نظر سيأتى ايضاحه انتهى وظاهران المراد بمنزلها المملوك ما هو الاعم مما لو ملكت عينه او منفعته وقوله ولو ادعى عليها نكاحا فجحدت ثم أقام البينة فلا نفقة لها وكذا لو كان الانكار منه كما فى الفتح انتهى يعنى لا يلزمه النفقة لها لما بعد الجحود قبل اقامة البينة (قوله بغير حق) شامل لما لو كان خروجها منه لعذر كونه مغصوبا لكن كان الاولى ابدال الباء من قوله بأن اوفى مهرها الخ بالكاف

والكسوة بقدر حالهما ولو) كانت
(مانعة نفسها للمهر) المعجل وقال بعض
المتأخرين اذا لم تزف الى بيت زوجها
لا تستحق النفقة وهو رواية عن أبى
يوسف وذكر فى المبسوط وفى ظاهر
الرواية بعد صحة العقد تجب لها النفقة
وان لم تنتقل الى بيت زوجها وعليه
الفتوى وذكر فى المحيط والايضاح
واذا تزوج امرأة فطلبت النفقة قبل
أن يحولها الى بيته فلها النفقة اذا
لم يطالبها الزوج بالانتقال قوله بقدر
حالهما أى تجب النفقة والكسوة لها
عليه بقدر حالهما فى اليسار والاعسار
وعليه الفتوى حتى كان لها نفقة
اليسار ان كانا موسرين ونفقة
الاعسار ان كانا معسرين وان كانت
هى موسرة وهو معسر لها عليه فوق
ما يفرض لو كانت معسرة فيقال له
أطعمها خبز البر وباجة أو باجتين
وان كان الزوج موسرا مفرط اليسار
نحو أن يأكل الحلواء واللحم المشوى
والباجات وهى فقيرة كانت تأكل
فى بيتها خبز الشعير لا يجب عليه أن
يطعمها ما يأكل بنفسه ولا ما كانت
تأكل فى بيتها ولكن يطعمها خبز
البر وباجة أو باجتين وقال الكرخى
يعتبر حال الزوج وبه قال الشافعى
وهو ظاهر الرواية (لا) أى لا يجبان
لو كانت (ناشزة) حتى تعود الى منزلها
النشوز فى اصطلاح الفقهاء خروج
المرأة من منزل الزوج ومنعها نفسها
منه بغير حق بان أوفى مهرها

والتقييد بقوله بغير حق يخرج مالو كان فيه شبهة كبيت السلطان لعدم اعتبار الشبهة فى زماننا وكذا لو أجرت نفسها لارضاع صبي وزوجها شريف ولم تخرج وقيل تكون ناشزة در (قوله او كان كله مؤجلا) تقدم أن الفتوى على قول الثانى لا تسقط نفقتها بمنعها نفسها للمهر وان كان كله مؤجلا (قوله وصغيرة لا توطأ) لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد هداية وأورد أن هذا المعنى موجود فى الرتقاء والقرناء ومن بها مرض يمنع الجماع مع أن النفقة واجبة لهن واجيب بأن المعتبر فى ايجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج بالوطء أوالدوعى والثانى موجود هنا نهر وكذا لا نفقة لها لو كانا صغيرين لا يقدران على الجماع لان المنع بمعنى من جهتها واكثر ما فى الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم والمنع من قبلها قائم ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة نهاية وفيه نظر لان ماذكره من الدليل قابل للقلب عناية وعبارة الزيلعى وان كانا صغيرين لا يقدران على الجماع فلا نفقة لها لان العجز من قبلها فصار كالمجبوب والعنين اذا كان تحته صغيرة انتهى قيد بالصغيرة لان الكبيرة تجب نفقتها وان كان زوجها صغيرا جدا فى ماله فان لم يكن له مال لا تجب على أبيه الا اذا ضمنها حموى عن الخلاصة لكن نقل شيخنا عن الملتقى ما يخالفه ونصه ونفقة زوجة الابن على أبيه ان كان صغيرا أو زمنا انتهى والولد اذا كان طالب علم فهو بمنزلة الزمن والانثى فنفقته على أبيه والموسر فى هذا الباب من يملك مالا فاضلا عن نفقة عياله ويبلغ الفاضل مقدار ما تجب فيه الزكاة ولا تجب نفقة مع الفقر الا لاربعة للولد الصغير والبنت البالغة بكرا كانت أو ثيبا والزوجة والمملوك والجد الصحيح بمنزلة الاب والجد الفاسد بمنزلة الاخ شيخ شاهين (قوله وعند الشافعى لها النفقة) لانها عوض عن الملك كما فى المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة هداية (قوله مثلها يوطأ) أو يشتهى للوطء فيما دون الفرج او تصلح للخدمة اوللاستئناس ان امسكها فى بيته عند الثانى واختاره فى التحفة در فما فى النهر والزيلعى الاصح ان الاطاقة ليس لها حد مقدر بالسن وان السمينة تطيقه ولو صغيرة وقيل بنت تسع انتهى مفرع على انه يشترط لوجوب النفقة صلاحيتها للوطء وهو خلاف ما جزم به فى الدر تبعا لاختيار صاحب التحفة (قوله ومحبوسة) ولو ظلما الا اذا حبسها هو بدين فلها النفقة فى الاصح جوهرة وكذا لو قدر على الوصول اليها فى الحبس صيرفية لحبسه مطلقا لكن فى تصحيح القدورى لو حبس فى سجن السلطان فالصحيح سقوطها وفى البحر لو خيف عليها الفساد تحبس معه عند المتأخرين در وقوله لحبسه مطلقا أى سواء كان بحق او ظلما بدليل قوله لكن فى تصحيح القدورى الخ قال الاتقانى وفرض محمد المسئلة فى المفروضة لان فى غيرها لا تتصور المسئلة لسقوطها وفيه نظر لان عدم الوجود لشئ لا يستلزم ثبوته او لا نهر (تنبيه) احتاط اصحابنا فى امر الفروج الا فى مسئلة لو كانت جارية بين شريكين ادعى كل منهما انه يخاف عليها من شريكه وطلب ان توضع على يد عدل لا يجاب الى ذلك وانما تكون عند كل واحد يوما حشمة للملك اشباه عن معراج الدراية واعلم انه يتعين ان يكون المراد من قوله وطلب ان توضع الخ اى طلب احدهما ذلك وامتنع الآخر وان كان سوق الكلام يقتضى وجود الطلب من كل منهما وليس كذلك لانه لا مانع من وضعها على يد عدل مع اتفاقهما عليه (قوله بدين) قادرة على ايفائه او لا لفوات الاحتباس وفى الفتح وعليه الفتوى نهر فما فى الدرر من تعليله للمسئلة بقوله لان الامتناع جاء من قبلها بالمماطلة وان لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه انتهى اى فليس من الامتناع الذى من قبله اخلاف ما عليه الفتوى ثم رأيت فى غاية البيان ان المراد من قول الهداية وان لم يكن منها اى فوات الاحتباس بان كانت عاجزة فليس منه اى فليس الفوت من جهة الزوج فلا يطالب بالنفقة ايضا وحينئذ فلا يكون ما فى الدرر جاريا على خلاف ما عليه الفتوى (قوله غصبها رجل كرها) تبع فى ذلك صاحب الكفاية وليس الاكراه بقيد احترازى بل هو اتفاقى والحكم بسقوط النفقة بالغصب لا فرق فيه بين ان تكون راضية

(و) لا لو كانت (صغيرة لا توطأ) أى لا تصلح للجماع مطلقا سواء كانت فى بيت الزوج أو الاب عندنا وعند الشافعى لها النفقة وان كانت صغيرة مثلها يوطأ فلها النفقة (و) لا لو كانت (محبوسة بدين) (و) لا لو كانت (مغصوبة) غصبها رجل كرها فذهب بها (و) لا لو كانت

بالغصب

(حاجة مع غير الزوج) وعند أبي يوسف ان حجت مع محرم فلها النفقة ومنه ان كانت مغصوبة لها النفقة والفتوى على الاول وانما قيد بقوله حاجة لانها لو كانت معتمرة او تاجرة وليس معها زوجها الاتحيان اتفاقا وقيد بقوله مع غير الزوج لانه ان كان معها الزوج تجب بالاتفاق (و) لا لو كانت (مريضة لم تزف) الى بيت زوجها مطلقا وان زفت فرضت بعده فلها النفقة وعن ابي يوسف انه لا نفقة لها ان كانت مريضة لا تطيق الجماع (و) تجب النفقة (لخادمها) مطلقا سواء كان حرا او مملوكا لها ولغيرها (لو) كان (موسرا) فان كان لها خادمان او اكثر لا يفرض عندهما وعند أبي يوسف يفرض لخادمين وقيل ان كان مملوكا لها يستحق والا لا وفي فتاوى سمرقند اذا كانت المرأة من بنات الاشراف ولها خدم يجبر الزوج على نفقة خادمين وعن أبي يوسف في رواية أخرى انها اذا كانت فائقة بنت فائق وزفت الى زوجها مع خدم كثيرة استحقت نفقة الخدم كلها وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته قوله لو موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد وفي الذخيرة هذا اذا كان للمرأة خادم اما اذا لم يكن للمرأة خادم لا تفرض نفقة الخادم عليه في ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن زفر انه يفرض لخادم واحد ثم هي تقوم بذلك بنفسها او تتخذ خادما (ولا يفرق) بينهما (بعجزه عن النفقة) مطلقا سواء كان حاضرا اولا وسواء طلبت اولا وقال الشافعي اذا كان حاضرا وطلبت يفرق

بالغصب أولا حموى فان قلت كيف يتحقق الغصب مع كونها راضية قلت يتحقق باعتبار فقد الرضا من الزوج وان كانت هي راضية (قوله وحاجة) أطلقه فعم ما لو كان معها محرم أو كان الحج نفلا در لكن لا يخفى ان الاولى ابدال نفلا بفرضا لانه اذا سقطت نفقتها في الفرض ففي النفل بالاولى (قوله لانه ان كان معها الزوج تجب بالاتفاق) يعني نفقة الحضر خاصة لا نفقة السفر ولا الكراء تنوير وشرحه على معنى انه ينظر الى قيمة الطعام فتدفع لها نهر (قوله ومريضة لم تزف الى بيت زوجها مطلقا) أي سواء كان مرضا تطيق معه الجماع أولا (قوله وان زفت فرضت بعده فلها النفقة) والقياس عدمها ان كان مرضا يمنع الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع لعارض فاشبه الحيض در والحاصل انه اذا لم يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط نفقتها وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط شرنبلالية عن الفتح واعلم ان ما مشى عليه المصنف من انها اذا مرضت قبل الزفاف فلا نفقة لها مبني على اشتراط التسليم لوجوبها وهو رواية عن ابي يوسف والفتوى على ظاهر الرواية وهو ان النفقة تجب بمجرد العقد الصحيح كما في النهر سواء كان بعد ما بنى بها أو قبله وما فصله قاضيخان رده في البحر لكن عزا في الدرر لصاحب الهداية انه استحسن عدم وجوب النفقة لها اذا مرضت ثم سلمت معللا بان التسليم لا يصح انتهى وهذا في الحقيقة تأييد لتفصيل قاضيخان (قوله وعن أبي يوسف انه لا نفقة لها ان كانت مريضة الخ) هذا على احدى الروايتين عن أبي يوسف فعلى هذه الرواية يشترط لوجوب نفقتها شرطان كون المرض بعد الزفاف وكونها تطيق الجماع مع المرض أما على الرواية الاخرى عنه فالشرط كون المرض بعد الزفاف مطلقا سواء كانت تطيق معه الجماع أولا وعلى هذه الرواية اقتصر في الدرر (قوله وتجب النفقة لخادمها) لان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها در لكن انما تجب نفقة الخادم بأداء الخدمة فاذا امتنع من الطبخ والخبز وأعمال البيت لم يستحقها بخلاف نفقة الزوجة فانها في مقابلة الاحتباس شرنبلالية عن البحر (قوله سواء كان حرا أو مملوكا) هذا خلاف ظاهر الرواية عن اصحابنا الثلاثة ولهذا قيده في النهر بالمملوك لها الذي لا شغل له غير خدمتها بالفعل فلو لم يكن في ملكها أو كان له شغل غير خدمتها أو لم يكن لكنه لم يخدمها فلا نفقة له انتهى (قوله لو موسرا) اليسار مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا نصاب وجوب الزكاة شرنبلالية عن البحر ولو اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قوله الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل زيلعي ولو طلبت من القاضي السؤال عن حاله من جيرانه لا يجب عليه ذلك ولو سأل فاخبره عدلان بيساره ثبت يساره بخلاف سائر الديون نهر عن البزازية ولو جاءها بخادم لم يقبل منه الا برضاها كذا قالوا وقيده في النهر تفقها بما اذا لم يتضرر من خادمها أما اذا تضرر منه وجاءها بخادم أمين فانه لا يتوقف على رضاها (قوله وقيل ان كان مملوكا لها الخ) حكايته بقيل تقتضي ضعفه وليس كذلك لانه كما سبق ظاهر الرواية (قوله وفي فتاوى سمرقند اذا كانت المرأة من بنات الاشراف الخ) قيده في النهر بما اذا كان بها علة أو كانت ممن لا تباشر العمل بنفسها فان كانت ممن تخدم بنفسها وله اقدرة أجبرت (قوله وقال الشافعي اذا كان حاضرا وطلبت يفرق) لما روى ابو هريرة من قوله عليه السلام ابدأ بمن تعول فقيل من أعول يا رسول الله قال امرأتك ممن تعول تقول اطعمني أو فارقني جاريتك تقول أطعمني واستعملني ولدك يقول الى من تتركني رواه البخاري ومسلم وروى الدارقطني عن أبي هريرة في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولان في التفريق ابطال الملك على الزوج وفي الامر بالاستدانة تأخير حقها وهو اهون من الابطال فكان أولى وليس في حديث أبي هريرة حجة لانهم قالوا له سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس ابي هريرة رواه البخاري كذلك عنه في صحيحه ولانه ليس فيه الا حكاية قول المرأة اطعمني أو فارقني وليس فيه دلالة على ان الفراق واجب عليه اذا طلبت وكذا الحديث الثاني ليس بحجة لان في طريقه عبد الباقي بن قانع وقال البرقاني في حديثه

نكرة وقال أيضا هو ضعيف عندنا وضعفه غيره عيني والبرقاني بالفتح نسبة الى برقان قرية بنواحي خوارزم وأخرى بجرجان شيخنا عن اللب واعلم ان تقييد الشارح بحضرة الزوج لا للاحتراز عن غيبته بل للاشارة الى ماذكره شراح الهداية من ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا فلا يعرف العجز واما ما استدل به في الدر على عدم الفسخ بعجزه حال غيبته حيث قال ان مجوز الفسخ عند الشافعي امران احدهما اعسار الزوج وطريقه ان يثبت اعساره عند الحاكم فيمهله ثلاثة أيام ويفسخها منه صبيحة الرابع كذا في غاية القصوى وثانيهما عدم ايفاء الزوج الغائب حقها من النفقة ولو موسرا قال في شرح غاية القصوى ولو غاب الزوج حال كونه قادرا على أداء النفقة ولكن لا يوفي حقها فاظهر الوجهين انه لا فسخ في هذه الصورة ولكن يبعث الحاكم الى حاكم بلده ليطالبه ان كان موضعه معلوما والثاني ثبوت الفسخ واليه مال جمع من اصحابنا أي الشافعية وافتوا بذلك للمصلحة وقال في شرح الحاوي وهو اختيار القاضي الطبري وابن الصباغ وعن الروياني وابن اخيه صاحب العدة ان المصلحة والفتوى به فعلم مما نقل من كتب الشافعي الموثوق بها ان الحكم بالعجز عن النفقة عند الشافعي انما هو بالنظر الى الحاضر وأما الحكم بالنظر الى الغائب فبعدم الانفاق فلا وجه لما ذكر في الرد على الشافعي في شروح الهداية وغيرها ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا غيبة منقطعة فلا يعرف العجز لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز فان رفع هذا القضاء الى قاض آخر فاجاز قضاءه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت نعم يرد هذا على من لم يعرف مذهبه من الشافعية ويحكم على الغائب بالعجز عن الانفاق لا على الشافعي ولا على من يعمل بمذهب الشافعي انتهى فيه نظر لما نقله شيخنا عن الرملي في شرح المنهاج من أن والده أفتى بعدم الفسخ فيما اذا تعذر تحصيل النفقة لغيبته وان طالت وانقطع خبره قال فقد صرح في الام بانه لا فسخ مادام موسرا وان انقطع خبره وتعذر استيفاؤها من ماله الى آخره فقوله موسرا ظاهر في الفسخ عند عجزه وحينئذ يتجه ماذكره شراح الهداية في الرد على الشافعي وما استدل به في الدر لا يدل على مدعاه بل فيه ما يشير الى انه يفسخ بالعجز حال غيبته وهو قوله ولو غاب الزوج حال كونه قادرا على اداء النفقة الخ فتقييده بالقدرة على اداء النفقة يقتضي الفسخ عند عجزه والحاصل انه استفيد من شرح غاية القصوى ان الاختلاف في الفسخ وان الاظهر عدمه بالنسبة لما اذا لم ينفق عليها حال غيبته والحال ان له قدرة على اداء النفقة فان عجز فلا اختلاف في الفسخ حينئذ وعلى هذا فلا فرق في الفسخ بالعجز بين حضوره وغيبته خلافا لما فهمه في الدر من ان الفسخ حال غيبته غير منوط بالعجز بل بترك الانفاق مع القدرة وليس كذلك واذا علم جواز الفسخ بترك الانفاق مع القدرة حال غيبته وان كان الاظهر خلافه فلان يعلم جوازه حالة العجز بالاولى فظهر ان ما فهمه في الدرر من ان الفسخ حالة الغيبة لا يكون الا بترك الانفاق فقط فهم غير صحيح وليس المراد من قوله فان رفع هذا القضاء الخ ما هو الاعم من كونه حنفيا أو شافعيا بل خصوص الشافعي ولهذا نقل في الدر عن البحر انه لو قضى به حنفي لم ينفذ نعم لو امر شافعيا فقضى به نفذ اذا لم يرتش الآمر والمأمور انتهى وقوله نعم لو أمر شافعيا الخ أي بشرط ان يكون مأذونا له بالاستنابة حموي عن المفتاح وأقول ما سبق عن الدر معزيا بالبحر هو قول الصاحبين وعند الامام اذا وقع منه القضاء مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عنده وفي العمد روايتان وعندهما لا ينفذ في الوجهين واختلف الترجيح ففي الخانية اظهر الروايتين عن ابي حنيفة نفاذ قضائه وعليه الفتوى انتهى وهكذا في الفتاوى الصغرى وفي المعراج معزيا بالمحيط الفتوى على قولهما بحر ثم نقل عن البزازية معزيا بالشرح الطحاوي ما يقتضي موافقة الصاحبين للامام في نفاذ القضاء ونصه اذا لم يكن القاضي مجتهدا وقضى بالفتوى ثم تبين أنه على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره نقضه وله أن ينقضه كذا عن محمد وقال الثاني ليس له أن ينقضه أيضا انتهى وهكذا ذكر العمادي في الفصول وفي عمدة الفتاوى القاضي اذا قضى بقول مرجوع عنه جاز وكذا لو قضى في فصل مجتهد فيه وكذا

فى السراجية وفى مآل الفتاوى قضى بخلاف مذهبه وهو مجتهد فيه قال أبو حنيفة ينفذ وقال ابو يوسف لا ينفذ انتهى فتحصل من هذه النقول انه اذا قضى بمذهب غيره أو بقول مرجوع عنه نفذ عند الامام وليس لغيره نقضه قولا واحدا باتفاق المشايخ وانما الخلاف بالنسبة لغير الامام فمنهم من نقل ما يقتضى موافقة الصاحبين للامام كالبزازى تبعا لشرح الطحاوى ومنهم من عزا القول بالنفاذ الى الامام وعزا القول بعدمه الى الصاحبين كقاضيخان وصاحب المعراج ويوافق كلام قاضيخان ماذكره فى المحيط أولا من أن اختلاف الرواية فى نفاذ القضاء وذكر آخرا أن الاختلاف فى حل الاقدام على القضاء فعلى ماذكره فى المحيط آخرا الاختلاف فى نفاذ القضاء بعد وقوعه وانما الخلاف فى حل الاقدام فقط وهذا القول يلائم كلام الطحاوى قال فى البحر والصحيح أن فيه خلافا بين أبى حنيفة وصاحبيه أى فى النفاذ بدليل سياق كلامه والحاصل أن كلام صاحب البحر أولا يقتضى الميل الى عدم النفاذ حيث نقل عن الفتح أن الوجه الافتاء بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل الخ لكن ذكر بعد ذلك مايخالفه حيث قال والحق أن القاضى اذا حكم على خلاف مذهبه فان متوهما أنه على وفقه فانه باطل يجب نقضه وان وافق مجتهدا فيه وان كان متعمدا مذهب غيره فانه لا ينقض الخ وفى الدر المختار من الديباجة ذكر أن الخلاف خاص بالقاضى المجتهد وأما المقلد فلا ينفذ قضاؤه بخلاف مذهبه أصلا كما فى القنية لاسيما فى زماننا فان السلطان ينص فى منشوره على نهيه عن القضاء بالاقوال الضعيفة فكيف بخلاف مذهبه فيكون معزولا بالنسبة لغير المعتمد من مذهبه فلا ينفذ قضاؤه فيه وينقض الخ (قوله وتؤمر بالاستدانة عليه) بعد فرض القاضى نفقتها عليه نهر (قوله هو الشراء بالنسيئة الخ) بان يقول لها القاضى اشترى الطعام والكسوة وكلى والبسى لترجعى بثمنهما على الزوج لا أن يقول استقرضى على الزوج لان التوكيل بالاستقراض لا يصح حموى عن البرجندى وفائدة أمر القاضى بالاستدانة رجوع الغريم على الزوج وبدونه يرجع على المرأة وهى ترجع بالمغروم على الزوج وفائدته أيضا الرجوع على الزوج بعد موت أحدهما واعلم أن أمرها بالاستدانة مقيد بما اذا لم يكن لها أخ او ابن موسرا ومن تجب عليه نفقتها لولا الزوج لما فى التبيين عن شرح المختار أن نفقتها حينئذ على زوجها ويؤمر الابن او الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا أيسر ويحبس الابن او الاخ اذا امتنع لان هذا من المعروف شرنبلالية وانما لا يؤمر الرجل بالاستدانة لانه بعد ثبوت اعساره لا يأمنه احد غالبا على ماله نهر فلو استدانت بعد الفرض بأمر القاضى ثم مات احد الزوجين قبل القبض لا تسقط المستدانة بالموت هو الصحيح وكذا لا تسقط بالطلاق فى الصحيح حموى عن المفتاح (قوله وتتم نفقة اليسار بطروه) كذا عكسه لو اعسر شرنبلالية عن المواهب وهذه المسئلة تستقيم على قول الكرخى حيث اعتبر حال الرجل فقط ولم يعتبر حال المرأة اصلا وهو ظاهر الرواية ولا تستقيم على ماذكره الخصاف من اعتبار حالهما على ما عليه الاعتماد فيكون فيه نوع تناقض لان ماذكره اول الباب هو قول الخصاف ثم بنى القول على قول الكرخى زيلعى قال العينى قلت بل تستقيم على قول الخصاف لانه عند اعسار احدهما المعتبر النفقة الوسط فاذا ايسر تتم نفقة الموسرين او يجوز ان يكون اختار هنا قول الكرخى انتهى واقول ما اجاب به العينى من ان كلامه يستقيم على قول الخصاف يأباه قول المصنف وان قضى بنفقة الاعسار اللهم الا ان يلتزم بأن نفقة الاعسار تشمل النفقة الوسط فحينئذ يتم ماذكره (قوله ولا تجب نفقة مدة مضت الخ) لانها صلة والصلة لا تملك الا بالقبض (قوله بأن غاب عنها شهرا) تقييده بالشهر يشير الى ما فى الزيلعى عن الغاية من ان نفقة مادون الشهر لا تسقط فكانه جعل القليل مما لا يمكن التحرز عنه اذ لو سقطت بمضى يسير من المدة لما تمكنت من الاخذ اصلا انتهى (قوله أو الرضا) بان اصطلحا على قدر معين اصنافا اودراهم در (قوله فيقضى لها بنفقة مامضى) ولو انفقت من مال نفسها بلا أمر قاض ولو اختلفا فى المدة فالقول له والبينة لها ولو انكرت انفاقه فالقول لها بيمينها در عن الذخيرة واذا أقر أن فى ذمته لها كسوة

(وتؤمر بالاستدانة عليه) مطلقا سواء
كان حاضرا او غائبا وفى فتاوى
السراجية هذا اذا كان الزوج حاضرا
وان كان غائبا لا تؤمر به وذكر الخصاف
ان تفسير الاستدانة على الزوج
الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال
الزوج (وتتم نفقة اليسار بطروه)
(وان قضى) القاضى (بنفقة الاعسار)
هذا اذا خاصمته اما اذا رضيت بها فلا
(ولا تجب نفقة) مدة (مضت) بان غاب
عنها شهرا او كان حاضرا وامتنع من
الانفاق وقد اكلت من مال نفسها
(الا بالقضاء) فى هذه المدة (او الرضا)
فيقضى لها بنفقة مامضى

(وبموت احدهما تسقط) النفقة (المقضية) المفروضة وعند الشافعى لا تسقط هذا اذا لم يأمرها بالاستدانة اما اذا امرها فاستدانت ثم مات احدهما لا يبطل ذلك هكذا ذكر الحاكم الشهيد فى المختصر وذكر الخصاف انه يبطل ايضا والصحيح هو الاول وكذا فى شرح الهداية وكذا لو طلقها الزوج فى هذا الوجه يسقط ما اجتمع عليه من النفقة بعد فرض القاضى (ولا ترد المعجلة) أى لو عجل لها نفقة مدة ثم مات احدهما قبل مضى المدة لم يرجع بشئ عندهما مطلقا سواء كانت شهرا او اكثر منه وعند محمد والشافعى ترفع عنها حصة المدة الماضية قبل موته ويسترد ما وراء ذلك ان كان قائما وان كان مستهلكا تجب قيمة الباقى وعلى هذا الخلاف تعجيل الكسوة وعن محمد انها اذا قبضت نفقة شهر فما دونه ومات قبل مضيه لا يسترد وان كان اكثر من الشهر فعلى ما بينا من الخلاف (وبيع القن فى نفقة زوجته) الا ان يفديه مولاه وانما قيد بالقن لان المدبر لا يباع ونفقتها تتعلق بكسبه وكذا المكاتب ما لم يعجز وان عجز يباع هذا اذا كان التزوج باذن المولى اما اذا كان التزوج بغير الاذن فلا نفقة عليهم ولا مهر ايضا (ونفقة الامة المنكوحة انما تجب بالتبوئة) ان مطلقا سواء كانت مدبرة او ام ولد وهى ان يخلى بينها وبينه فى منزله ولا يستخدمها ولو خدمته احيانا من غير استخدامه فلها النفقة

ماضية ففى فتاوى قارى الهداية انها تلزمه ولكن ينبغى للقاضى ان يستفسرها اذا ادعت فان ادعتها بلا قضاء ولا رضا لم يسمعها للسقوط والا سمعها ولا يستفسر المقر انتهى فاذا أقر انها بذمته حمل على انها بقضاء أو رضا فتلزمه اللهم الا اذا صدقت المرأة على انها بغير قضاء ورضا بعد اقراره المطلق فينبغى ان لا تلزمه اشباه آخر كتاب الاقرار (قوله وبموت أحدهما تسقط المقضية) لانها صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية نهر والتقييد بموت أحدهما وقع اتفاقا لانهما لو ماتا معا يكون الحكم كذلك حموى عن المفتاح والاولى ان يقال تقييده بموت أحدهما ليعلم الحكم فى موتهما معا بالاولى (قوله أما اذا أمرها فاستدانت الخ) بخلاف ما لو كانت الاستدانة بغير الامر لان للقاضى ولاية عامة فنزلت استدانتها بامره بمنزلة استدانته نهر (قوله وكذا لو طلقها الزوج الخ) ولو رجعيا كما فى الظهيرية والخانية واعتمد فى البحر بحثا عدم سقوطها بالطلاق كيلا يتخذ الناس ذلك حيلة واستحسنه محشى الاشباه وبالاول أفتى شيخنا يعنى الشيخ خير الدين لكن صحح الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية ما بحثه فى البحر من عدم السقوط ولو بائنا قال وهو الاصح ورد ما ذكره ابن الشحنة در وصرح فى الشرنبلالية بان القول بسقوط النفقة بالطلاق ولو بائنا ضعيف مستدلا بما فى الفيض والزيلعى قال وذكر صاحب البحر وجوها لتضعيف القول بالسقوط (قوله أى لو عجل لها نفقة مدة ثم مات أحدهما الخ) أو طلقها در سواء قبل الدخول أو بعده شرنبلالية عن البحر فلو ابقى الشارح المتن على اطلاقه لكان أولى وكذا لا فرق فى الحكم بين ان يكون التعجيل من الزوج أو ابيه (قوله لم يرجع بشئ) ولو قائمة به يفتى در لانها صلة اتصل بها القبض (قوله ويسترد ما وراء ذلك) لانها أخذت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس فتبين ان لا استحقاق لها عليه فترده زيلعى (قوله وان كان مستهلكا تجب قيمة الباقى) قيد بالاستهلاك لانها لو هلكت لا يسترد شئ بالاجماع (قوله وعن محمد انها اذا قبضت نفقة شهر فما دونه الخ) لانه يسير فصار فى حكم الحال هداية (قوله وبيع القن الخ) انما يباع العبد اذا لم يكن فى يده من كسبه ما يصرف الى الدين اما اذا كان فلا تباع رقبته ما بقى الكسب فى يده حموى عن البرجندى وكما يباع فى دين النفقة فكذا فى دين المهر وسكت عنه هنا التصريحه به فى نكاح الرقيق (قوله فى نفقة زوجته) يعنى المفروضة ولو بنت المولى لا امته ولا نفقة ولده ولو زوجته حرة بل نفقته على امه ولو مكاتبة لتبعيته للام ولو مكاتبين سعى لامه ونفقته على أبيه در عن الجوهرة وقوله ونفقته على ابيه مخالف لما فى البحر عن الكافى وغيره حيث قال واذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة ولهما مولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام فى كتابتها ولهذا كان كسب الولد لها الخ وهل يباع القن فى كفن زوجته بناء على ما مر من وجوبه على الزوج مطلقا على قول الثانى ينبغى ان يباع ولو قتل سقطت فى الاصح كذا لو مات فاذا اشتراه من علم بحاله اولم يعلم ثم علم فرضى ظهر السبب فى حقه ايضا فاذا اجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشترى الثالث وهلم جرا ولا يباع مرة أخرى الا فى دين النفقة كذا فى الفتح وفى قوله فاذا اجتمع الخ ايماء الى انه لو بيع فلم تف قيمته بما عليه لم يبع فى الباقى ثانيا وما فى صدر الشريعة سهو نهر ولو ابدل فى النهر القيمة بالثمن من قوله فلم تف قيمته الخ لكان اولى (تتمة) وقع لصاحب الدرر نظير ما وقع لصدر الشريعة من السهو سرى عليه من متابعته (قوله الا ان يفديه مولاه) مطلقا أبت الزوجة الا بيعه أو رضيت لان حقها فى النفقة لا فى الرقبة هداية (قوله لان المدبر لا يباع) وكذا ولد ام الولد وما فى النهر من قوله وام الولد صوابه وولد ام الولد شيخنا (قوله ولا مهر ايضا) لكن يطالب به بعد الحرية عينى (قوله انما تجب بالتبوئة) قبل الطلاق لا بعده حتى لو بوأها بعد الطلاق لاجل انقضاء العدة ولم يكن بوأها قبل الطلاق سقطت بخلاف حرة نشزت فطلقت فعادت وفى البحر بحثا فرضها قبل التبوئة باطل در (قوله مطلقا سواء كانت مدبرة الخ) ولا فرق بين ان يكون الزوج حرا او عبدا يعنى لغير سيد الامة اذ لو كان عبده فنفقتها على السيد بوأها أولا زيلعى ويتطر ما لو كان مكاتبا للولى ولعلها عليه شرنبلالية (قوله ولو خدمته احيانا من غير استخدامه الخ) لانه لم يستخدمها لم يكون

استردادا هداية (قوله ولو استخدمها بعد التبوئة الخ) وكذا اذا استخدمها اهله وظاهر ما في الكافي سقوطها باستخدامها ولو في منزل الزوج لكن تعليل السقوط بفوت الاحتباس يفيد خلافه نهر ولو بوأها منزلا ثم عجل الزوج لها النفقة ثم اخرجها المولى للخدمة وقد بقي في يدها شئ يسترده زيلعي من المضاربة ونص عبارته ولو رجع الى بلده وفي يده شئ من النفقة رده الى مال المضاربة كالحاج عن الغير اذا بقي شئ في يده يرده على المحجوج عنه او الورثة وكالغازي اذا خرج من دار الحرب يرد الى الغنيمة ما معه من النفقة وكالامة اذا بوأها المولى منزلا مع الزوج ثم اخرجها للخدمة وقد بقي شئ من النفقة في يدها استرده الزوج انتهى وانظر هل استرداد الزوج ما بقي في يدها قول محمد او هو قول الكل وظاهر اطلاقه هو الثاني وحينئذ يشكل وجه الفرق بالنسبة لمذهب الامام الاعظم وابي يوسف حيث استرد الزوج ما بقي في يدها بعد ما اخرجها المولى للخدمة بخلاف المسئلة المتقدمة التي اشار اليها المصنف بقوله ولا ترد المعجلة فانه لا استرداد فيها عندهما مع ان الاحتباس زال في كل منهما غير انه في هذه بالاستخدام وفي تلك بالموت ويمكن الفرق بان زوال الاحتباس في تلك بامر قهري لا صنع لها فيه بخلاف ما هنا فانه حصل بصنع المولى (قوله وتجب السكنى) افردها بالذكر مع ان اسم النفقة يعمها لان لها حكما يخصها نهر (قوله سكن الدار وفيها) اشار بهذا الى ان سكن يتعدى للمفعول بنفسه وبواسطة حرف الجر (قوله في بيت) بقدر حالهما كطعام وكسوة وبيت منفرد من دار له غلق كفالها لحصول المقصود هداية زاد في الاختيار والعيني ومرافق ومفاده لزوم كنيف ومطبخ قال في البحر وينبغي الافتاء به وذكر في البحر ايضا انه يشترط ان لا يكون في الدار احد من احماء الزوج يؤذيها ونقل المصنف عن الملتقط كفايته مع الاحماء لا مع الضرائر فلكل من زوجتيه مطالبته ببيت من دار على حدة در وفي الفتاوى الخيرية ان امتنع من ذلك يحبس (قوله خال عن اهله) شامل لولده من غيرها كما في الهداية قيل الا ان يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله اسكانه معها كما في الفتح وله ان يسكن امته معها في المختار كما في البرهان غير انه لا يطأها بحضرتها كما انه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرة شرنبلالية وكذا له ان يسكن معها ام ولده در وكذا لها اسكان اخته معها ايضا حموي عن البرجندي ولم نجد في كلامهم ذكر المؤنسة الا انه في فتاوى قاري الهداية قال انها لا تجب ويسكنها بين قوم صالحين بحيث لا تستوحش وهو ظاهر في وجوبها فيما اذا كان البيت خاليا عن الجيران ولاسيما اذا كانت تخشى على عقلها من سعته نهر ونظر فيه الشرنبلالي بان المسئلة مذكورة في البحر قال ليس عليه ان يأتيها بامرأة تؤنسها في البيت اذا خرج اذا لم يكن عندها احد كما في فتاوى قاري الهداية انتهى وقال في البحر قد علم من كلامهم ان البيت الذي ليس له جيران غير مسكن شرعي انتهى واقول ما ذكره قاري الهداية من عدم لزوم المؤنسة يحمل على ما اذا كان المسكن صغيرا كالمساكن التي في الربوع والحيشان يشير الى ذلك قوله بحيث لا تستوحش اذ لا يلزم من كون المسكن بين جيران عدم لزوم الاتيان بالمؤنسة اذا استوحشت بان كان المسكن متسعا كالدار وان كان لها جيران فعدم الاتيان بالمؤنسة في هذه الحالة لا شك انه من المضارة لاسيما اذا خشيت على عقلها وما في النهر من قوله وهو ظاهر في وجوبها فيما اذا كان المسكن خاليا عن الجيران يحمل على ما اذا رضيت باسكانها فيه ولم تطلبه بالمسكن الشرعي وهو ما له جيران وحينئذ فلا يستقيم الرد عليه بما في البحر من ان البيت الذي ليس له جيران غير مسكن شرعي ولهذا نقل السيد الحموي في شرح عبارة النهر برمتها ولم يتعقبها فتحصل ان الافتاء بلزوم الاتيان بالمؤنسة وعدمه يختلف باختلاف المساكن ولو مع وجود الجيران فان كان المسكن بحال لو استغاثت بجيرانها اغاثوها سريعا لما بينهم من القرب لا تلزمه المؤنسة والا لزمته (قوله واهلها) ولو ولدها من غيره در ومقتضى ما سبق في ولده ان يقال الا اذا كان صغيرا لا يفهم الجماع ولم اره (تتمة) سكن بها في منزلها فلا اجر عليه فتاوى قاري الهداية بلا فرق بين ما لو ابحت له السكنى ام لا لان لزوم الاجر باحد امرين اما العقد او استيفاء المنفعة على وجه الغصب ولم يوجد واحد منهما على ان استيفاء المنفعة في الغصب لا يكون موجبا للزوم

ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة اما المكاتبة فهي كالحرة في استحقاق النفقة سواء بوأها مولاها اولا (و) تجب (السكنى) مصدر سكن الدار وفيها اذا اقام او اسم بمعنى الاسكان كالرقى بمعنى الارقاء (في بيت خال عن اهله واهلها) الا ان تختار ذلك ورضيت (ولهم) اي لاهلها (النظر والكلام معها) في اي وقت شاؤوا وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها وقيل لا يمنعهم من الدخول عليها وانما يمنعهم من القرار

الاجر الا فى ثلاثة الوقف وعقار اليتيم والمعد للاستغلال (قوله وقيل لا يمنعها من الخروج الى والديها) ان لم يقدرا على اتيانها على ما اختاره فى الاختيار ولو ابوها زمنا مثلا واحتاجها فعليها تعاهده ولو كافرا وان أبى الزوج در عن الفتح (قوله وفى غيرهما من المحارم الخ) قيد بالمحارم لما فى الدر من أنها ممنوعة من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة وان أذن كانا عاصيين وفى البحر له منعها من الغزل وكل عمل ولو تبرعا لاجنبى ولو قابلة أو مغسلة لتقدم حقه على فرض الكفاية ومن مجلس العلم الا لنازلة امتنع زوجها من سؤالها ومن الحمام الا النفساء وان جاز بلا تزين وكشف قال الباقانى وعليه الفتوى فلا خلاف فى منعهن الآن للعلم بكشف بعضهن شرنبلالية عن الكمال والحاصل ان لها الخروج ولو بغير اذنه اذا كانت قابلة أو غاسلة ما لم يمنعها وبهذا يندفع التنافى فى كلام البحر (قوله وفرض لزوجة الغائب) ولو مفقودا در وفى الصيرفية قيد الغيبة بمدة السفر لكن نقل الحموى عن البرجندى انه لا فرق بين ان تكون الغيبة مدة السفر أولا حتى لو ذهب الى القرية وتركها فى البلدة فللقاضى أن يفرض لها النفقة وما فى الرمز من أنه ينبغى لو كان له خدم عندها أن تفرض لهم ولم أره نظر فيه الحموى بان السيد لو كان حاضرا لا يجبر على نفقتهم بل تكون نفقتهم فى كسبهم بخلاف الزوجة والطفل ومن فى حكمه انتهى قلت و يؤيده ما سيجى من التصريح بانها لا تفرض لمملوكه (قوله وأولاده الكبار الزمنى) هذا بالنسبة للذكور وأما الانثى فتفرض لها مطلقا ولو قادرة لان صفة الانوثة عجز (قوله وأبويه ان كانا محتاجين) مطلقا ولو مع القدرة على الاكتساب لوجوب نفقتهما بمجرد الفقر بخلاف غيرهما من الاقارب حيث لا يكفى لوجوب النفقة مجرد الاحتياج بل لا بد من صفة العجز عن الكسب والاجداد والجدات كالابوين كما سيأتى وفى اقتصاره على ما ذكر من الزوجة والابوين والطفل ايماء الى أنها لا تفرض لغيرهم كمملوكه وأخيه كما أنه لا يقضى عنه دينه در معللا بأنه قضاء على الغائب وفى النهر لا يقضى دين الغائب ولو أقر به من عنده المال انتهى قلت ومنه يستفاد جواب حادثة هى أن شخصا يدعى أنه كان مسافرا فمر ببلدة فاذا بها شخص ظلمه وأخذ منه قدرا معلوما من المال وانه يريد الدعوى على وكيله بمصر ليقضى له القاضى بالدفع من مال موكله الذى فى يد الوكيل فأجبت بأن الدعوى على الوكيل لا تسمع ولا يقضى عليه بالدفع وان كان مقرا بما يدعيه من أخذ موكله (قوله عندمن يقر به الخ) ولا بد أن يقر بالنسب أيضا فى الوالد والولد قالوا وعلم القاضى بذلك كاف قيد باقراره لانه لو أنكر وطلبت يمينه لا يستحلف ولو أقامت البرهان بما ادعته عليه لم يقبل لانه ليس خصما نهر ولو علم بأحدهما احتيج للاقرار بالآخر در (قوله وقال زفر لا يقضى باعطائها من مال الوديعة) لانه مأمور بالحفظ دون الدفع ولنا أن صاحب اليد اذا كان مقرا بالمال والزوجية والنسب فقد أقر لهم بحق الاخذ لان لهم أن يأخذوا بايديهم من ماله بغير رضاه لان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم الاخذ قبل القضاء فكان القضاء اعانة وفتوى من القاضى بخلاف غير الولاد من الاقارب لان نفقتهم غير واجبة قبل القضاء ولهذا ليس لهم أن يأخذوا من ماله شيئا قبل القضاء اذا ظفروا به فكان القضاء ابتداء ايجاب فلا يجوز ذلك على الغائب زيلعى ولو انفق من عنده المال بلا فرض امينا كان كالمودع أولا كالمديون ضمن بلا رجوع و يقبل قول المودع فى الدفع للنفقة لا المديون الا ببينة او اقرارها در عن البحر ولعل المراد بغير الولاد من الاقارب نحو الاخ والعم فليتطر شرنبلالى وما ترجاه الشرنبلالى صرح به القهستانى (قوله وهذا اذا كان المال من جنس حقها الخ) ولو قال من جنس حقهم كما فى متن التنوير لكان أولى والتبر بمنزلة الدراهم فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة للمضروب زيلعى (قوله اما اذا كان من خلاف جنسه الخ) لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب للانفاق بالوفاق درر وغيرها كالهداية وعبارتها اما عند الامام فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب وأما عند الصاحبين فان كان يقضى على الحاضر لانه يعرف امتناعه فلا يقضى على الغائب لانه لا يعرف امتناعه انتهى لكن نقل السيد الحموى عن البرجندى ما نصه وقال الحلوانى للقاضى بيع

وقيل لا يمنعها من الخروج الى والديها ولا يمنعهما من الدخول عليها فى كل جمعة وفى غيرهما من المحارم بقدر بسنة وهو الصحيح وعليه الفتوى وقال محمد بن مقاتل الرازى لا يمنع المحارم من الزيارة فى كل شهر (وفرض لزوجة الغائب وطفله) الصغير الفقير مطلقا سواء كان ذكرا او انثى واولاده الكبار الزمنى الفقراء (وابويه) ان كانا محتاجين فحسب (فى مال له عند من يقر به وبالزوجية) مطلقا سواء كان وديعة او مضاربة او دينا وقال زفر لا يقضى باعطائها من مال الوديعة وتؤمر بالاستدانة عليه وهذا اذا كان المال من جنس حقها كالدراهم والدنانير والطعام والكسوة اما اذا كان من خلاف جنسه فلا يفرض القاضى فيه النفقة وكذا اذا أنكر احد الامرين لا يفرض القاضى النفقة

عروض الغائب فى نفقة زوجته عندهما لا عند الامام وفى العقار روايتان كذا فى العمادية انتهى (قوله ولا تسمع بينتها على النكاح) ولا تستحلفه عند عدم البينة كما سبق عن النهر لان المودع ليس بخصم عنه فى اثبات الزوجية والنسب ولا هم خصم عنه فى اثبات المال زيلعى وقال زفر يسمعها ويفرض لها النفقة آمرا لها بالاستدانة فان حضر الزوج وانكر النكاح كلفها القاضى اقامة البينة ثانيا قال الخصاف وهذا ارفق بالناس وفى ملتقى الابحر وهو المختار وفى غيره وبه يفتى نهر وهذا من الست التى يفتى فيها بقول زفر فلو غاب وله زوجة وصغار تقبل بينتها على النكاح ان لم يكن عالما به ثم يفرض لهم ويأمرها بالانفاق او الاستدانة لترجع درعن البحر ووجه الافتاء بقول زفر ما فى الهداية انه لا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة انتهى (قوله ويؤخذ كفيل منها) بما اخذته لا بنفسها وجوبا فى الاصح نهر وسقوط النفقة بمضى الزمان او الموت عرضى لا اصلى فكان دين النفقة صحيحا بخلاف بدل الكتابة لان العجز فى المكاتب اصل ويحلفها مع اخذ الكفيل احتياطا ان الغائب لم يعطها النفقة ولا كانت ناشزة ولا مطلقة مضت عدتها تنوير وشرحه وكذا يؤخذ الكفيل من القريب ولادا ويحلفه ايضا شرنبلالية عن الجوهرة لان القاضى ناظر محتاط وفى اخذ الكفيل نظر للغائب وكذلك فى التحليف ولكنه لو كان صغيرا كيف يحلف فلينظر انتهى (تنبيه) لا يقضى بنفقة فى مال الغائب الا لهؤلاء المذكورين وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير هداية ويستدرك عليه الاولاد الكبار الاناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب كذا قاله الكمال قال الشرنبلالى وينظر ماذا يريد بنحوهم انتهى واقول يريد بنحو الزمنى من كل من لا قدرة له على الكسب وان لم يكن زمنا فالضمير فى ونحوهم يرجع للزمنى لا للذكور كما توهمه (قوله حتى ان حضر الزوج واقام بينة الخ) انما لم يعطف النكول عليه لانه اذا عجز عن اقامة البينة فاستحلفت فنكلت كان له الخيار فى مطالبة ايهما شاء كما سيذكره الشارح يعنى اتفاقا على ما يشير اليه كلامه اما اذا اقام البينة انه اوفاها النفقة ففى توجه الطلب على الكفيل قولان اشار الى ذلك بقوله وقيل الكفيل ضامن لما اخذت وبالجملة فمن زاد ونكلت على قول الشارح حتى ان حضر الزوج واقام بينة الخ لم يصب اما اولا فلتصريح الشارح به فيما سيأتى قريبا واما ثانيا فلان هذه الزيادة تقتضى ثبوت الخلاف فى كون الكفيل مطالبا اولا فى جانب النكول بناء على انه ضامن اولا كثبوته فى جانب اقامة البينة على استيفائها النفقة (قوله وذكر فى ادب القاضى للخصاف ليس عليه ذلك) أى ليس على القاضى ان يأخذ منها كفيلا بما اخذته لكنه لو اخذ كفيلا فحسن والاصح ان يأخذ منها كفيلا وجوبا كما سبق عن النهر بخلاف ما اذا قسمت التركة بين الورثة بالبينة حيث لم يؤخذ منهم كفيل عند ابى حنيفة لاحتمال ان يكون له وارث آخر والفرق ان المكفول له فى النفقة معلوم وهو الزوج وفى الميراث مجهول زيلعى (قوله ولمعتدة الطلاق) يشترط فى استحقاق النفقة ان تلازم بيت العدة حتى لو خرجت زمانا عن غير عذر شرعى صارت ناشزة ولا تستحق النفقة وان تكون معتدة من نكاح صحيح اذ المعتدة من النكاح الفاسد لا نفقة لها وان تكون حرة او امة بوأها المولى فان لم يبوئها المولى بيتا فلا نفقة لها كما فى حال قيام النكاح واذا فرض لها القاضى نفقة العدة فلم تأخذ حتى مضت العدة قيل تسقط واختار الحلوانى عدم السقوط حموى عن البرجندى وتقدم ان النفقة انما تجب بالتبوئة قبل الطلاق لا بعده حتى لو بوأها بعد الطلاق لا تستحق نفقة العدة واعلم ان الخلاف فى سقوطها بمضى مدة العدة مقيد بما اذا لم تكن استدانت عليه بعد فرضها عليه بالقضاء وان فرضت بغير القضاء بان تراضيا عليها ففيه اختلاف الروايات والمشايخ نهر واعلم ان ما ذكره البرجندى من ان معتدة الطلاق تسقط نفقتها بنشوزها محمول على معتدة الرجعى فلا ينافى ما فى النهر عن فروق المحبوبى لو نشزت المبانة فى العدة او قبلت ابن زوجها لا تسقط نفقتها بخلاف المنكوحة لان السكنى فى الاول حق الله فكذا النفقة وفى الثانى

ولا تسمع بينتها على النكاح ايضا عنده لما اثبتنا الثلاثة (و) يؤخذ كفيل منها) بعدما اعطيت حتى ان حضر الزوج وأقام بينة على أنه أوفاها النفقة يأمرها القاضى بردما اخذت وقيل الكفيل ضامن لما اخذت وان لم يكن له بينة وحلفت على ذلك فلا شئ على الكفيل وان نكلت لزمها وله الخيار فى مطالبة أيهما شاء وذكر فى ادب القاضى للخصاف ليس عليه ذلك لكن لو فعل فحسن وكذا يجبر الاب على نفقة امرأة ابنه الغائب ونفقة ولده (و) تجب النفقة والسكنى دون الكسوة (لمعتدة الطلاق) سواء كان رجعيا أو بائنا وسواء كانت حاملا أو لا وقال الشافعى لا نفقة للمبتوتة ولها السكنى الا اذا كانت حاملا

حقها ولو ادعت امتداد الطهر فلها النفقة مالم يحكم بانقضائها اما بحيضها او بدخولها حد الاياس مالم تدع
الحبل فلها النفقة الى سنتين مذ طلقها فلو مضتا ثم تبين ان لا حبل فلا رجوع عليها وان شرطه لانه شرط
باطل ولو صالحها عن نفقة العدة ان بالاشهر صح وان بالحيض لا للجهالة بحر ونهر ودر (قوله وانما قلنا
دون الكسوة لانها لا تحتاج الخ) هكذا اعتذر عن محمد حيث لم يذكر الكسوة في الكتاب شرنبلالية عن
منح الغفار (قوله لا الموت) شامل لما لو كانت حاملا الا اذا كانت ام ولد حاملا فلها النفقة من جميع المال
شرنبلالية عن النهر معزيا للجوهرة وقوله شامل لما لو كانت حاملا مخالف لما نقله السيد الحموي عن
البرجندي ونصه ويستثنى من ذلك الحامل فانها تجب لها النفقة ويمكن ان يقال ان نفقة الحامل لاجل
الحمل لا للعدة انتهى فتحصل ان معتدة الموت الحامل اختلفوا في وجوب النفقة لها الا ان تكون ام ولد
فتجب لها النفقة بالاتفاق من جميع المال لانه لا ارث لها قال في النهر وينبغي ان يكون معناه اذا حبلت
امة من سيدها واعترف بان الحمل منه لكنها لم تلد الا بعد الموت انتهى (تتمة) ذكر ابو الليث في تفسير
قوله تعالى وان كن أي المطلقات اولات حمل قد اجمعوا ان المطلقة اذا كانت حاملا فلها النفقة واما
اذا لم تكن حاملا فان كان الطلاق رجعيا فلها النفقة والسكنى بالاجماع وان كان الطلاق بائنا فلها النفقة
والسكنى في قول أهل العراق وقال بعضهم لها السكنى ولا نفقة لها اه (قوله بمعصيتها) لانها صارت
حابسة نفسها بغير حق وصارت كالناشزة بل ابعد قيد بالمعصية لانها لو كانت بغيرها كخيار بلوغ وعتق
وعدم كفاءة ووطء ابن الزوج مكرهة وجبت نفقتها ويكونها منها لانها لو كانت منه كتقبيل بنت زوجته
او ايلائه مع عدم فيئه حتى مضت المدة واباءه عن الاسلام اذا اسلمت هي او ارتد فابى عن الاسلام وجبت
لها النفقة لان بمعصيته لا تحرم هي النفقة قال في الفتح ولها السكنى في جميع الصور لان القرار في منزل
الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها اما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطه بمعصيتها انتهى والظاهر ان
الكسوة كالنفقة بجامع ان كلا منهما حق لها نهر (قوله وردتها بعد البت تسقط نفقتها لا تمكين ابنه) وجه
الفرق ما في النهر من ان الشارع اوجب حبس المرتدة ولا نفقة للمحبوسة وكذا لو لحقت بدار الحرب حتى
لو لم تلحق بدار الحرب ولم تحبس كان لها النفقة ولو حبست او لحقت فعادت الى الاسلام ورجعت الى بيتها
عاد استحقاقها للنفقة اما الممكنة فانها لا تحبس به شرعا الخ وقوله حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تحبس كان
لها النفقة معناه انها لم تخرج من بيته در عن القهستاني وسياتي في كلام الشارح ما يفيده (قوله
ولطفله) وهو الولد حين يسقط من بطن امه الى ان يحتلم ويقال جارية طفل وطفلة كذا في المغرب وقيل
اول ما يولد صبي ثم طفل نهر وفي الدر الطفل يعم الانثى والجمع وذلك لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن
الآية اوجب على الاب رزق الوالدات وعبر بالمولود تنبيها على علة الايجاب وهو الولادة واذا وجبت نفقة
غيره بسببه فنفقة نفسه اولى نهر واطلق في وجوب نفقة الطفل على ابيه فعم ما لو كان مسلما وابوه كافر در
عن البحر وسياتي التصريح به في كلام الشارح عند قول المصنف ولا نفقة مع اختلاف الدين الا بالزوجية
والولاد ولو للصغير مال غائب فنفقته على ابيه ثم يرجع ان أشهد الا ان ينوي الادانة ولو كانا فقيرين فالاب
يكتسب او يتكفف وينفق ولو لم يتيسر انفق عليهم القريب ورجع على الاب اذا ايسر ولو خاصمته الام
في نفقتهم فرضها القاضي وامره بدفعها للام ما لم يثبت خيانتها فيدفع لها صباحا ومساء او يأمر من ينفق
عليهم وصح صلحها عن نفقتهم ولو بزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير وان لم تدخل طرحت ولو على
ما لا يكفيهم زيدت بحر ولو ضاعت رجعت بنفقتهم دون حصتها وفي المنية أب معسر وام موسرة تؤمر
الام بالانفاق ويكون دينا على الاب وهي اولى من الجد الموسر در وفي الاشباه من كتاب الفرائض الجد
كالاب الا في ثلاثة عشر مسئلة منها ما في الخانية مات وترك اولادا صغارا ولا مال لهم ولهم ام وجد أبو الاب
فالنفقة عليهما اثلاثا الثلث على الام والثلثان على الجد انتهى واذا امتنع الاب من الانفاق على ولده مع
[illegible] له قدرة على الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا في دين ولده وان

وانما قلنا دون الكسوة لانها لا تحتاج في مدة العدة الى الكسوة حتى لو احتاجت تفرض كذا في الخزانة (لا الموت) أي لا يجب شيء لمعتدة الموت (و) معتدة (المعصية) وهي التي جاءت الفرقة بمعصيتها كردتها وتقبيل ابنه قبل الطلاق (وردتها بعد البت) مطلقا سواء كان واحدا أو أكثر (تسقط نفقتها) اذا حبست حتى تتوب فان لم تحبس بعد بل هي في بيت زوجها فلها النفقة (لا) أي لا يسقط (تمكين ابنه) من نفسها بعد البت فيكون لها النفقة بلا فائدة وهذا اذا كان بائنا اما اذا كان رجعيا وارتدت فحبست أولا ومكنت ابنه فلا نفقة لها (و) تجب النفقة (لطفله الفقير) اذا كان حرا وابوه حر وان كان الولد عبدا فنفقته على مولاه وان كان الاب عبدا الا تلزمه نفقة الاب

سفل الا في النفقة شرنبلالية عن الفتح وسيأتي عن البدائع انه اذا امتنع عن نفقة القريب المحرم يضرب الخ على ان ضربه في قرابة الولاد يكون بالاولى قيد بالطفل لان الكبير القادر على الكسب لا تجب نفقته على ابيه بخلاف العاجز كالذي به زمانة او عمى او شلل او ذهاب عقل ومنه الانثى الى أن تتزوج وليس له ان يؤجرها في عمل وان كان لها قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها وابناء الكرام اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب نهر وكذا من يلحقه العار بالتكسب در وظاهره انه لا يشترط عدم اهتدائه للكسب وكذا طالب علم لا يتفرغ للكسب ولهذا نقل عن ابي حامد انه افتى بعدمها الطلبة زماننا واعلم ان قول المصنف ولطفله الفقير ليس على اطلاقه بل مقيد بان يكون عاجزا عن الكسب اذ لو بلغ حد الكسب يسلمه الاب في عمل او يؤاجره وينفق عليه من ذلك حموي عن البرجندي ولو كان الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى أمين كسائر املاكه شرنبلالية (قوله وان تزوج باذن المولى) سواء كانت الزوجة حرة وامة اما اذا كانت حرة فلان الاولاد احرار تبعا لها والحر لا يستوجب النفقة على العبد الا الزوجة وان كانت الزوجة امة فنفقة الاولاد على مولى الامة وان كانت نفقة الام على العبد لان الاولاد تبع للام في الملك فتكون نفقة الاولاد على المالك لا على الزوج كذا في الولوالجية زاد في الكافي وغيره وكذا المكاتب لا تجب نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة او قنة لهذا المعنى واذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة ولهما مولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام في كتابتها بحر عند قول المصنف ويباع القن (قوله لا يقال قد استفيد هذا من قوله وفرض لطفله الخ) فيه نقل لكلام المصنف على وجه الاختصار بحذف المعطوف عليه من قوله وفرض لزوجة الغائب وطفله (قوله ولا تجبر امه لترضع) يعني قضاء وان لزمها ديانة لانه كالنفقة وهي على الاب نهر (قوله واعلم ان الاعمال تجب عليها ديانة) فلا يجوز لها أخذ الاجر عليها ولو شريفة لانه عليه السلام قسم الاعمال بين علي وفاطمة فجعل اعمال الخارج على علي وأعمال الداخل على فاطمة مع انها سيدة نساء العالمين در (قوله ويستأجر الاب من ترضعه عندها) لان الحضانة لها والنفقة عليه در بقي ان يقال ظاهر قول المصنف تبعا للهداية عندها وجوب المكث على الغير عند الام مع ان المصرح به في كلامهم كالبحر وغيره ان ذلك لا يجب الا بالشرط فيحمل ما ذكره المصنف على ما اذا اشترط عليها ذلك اما بدون الشرط فلها ان ترضعه وترجع الى منزلها او تحمل الصبي معها الى البيت او ترضعه في فناء الدار ثم تدخل به الدار الى امه كما في العيني وغيره ولو انقضت المدة وأبت أن ترضعه ولم يقبل ثدي غيرها قال محمد اجبرها عليه نهر واعلم ان المراد من قوله انقضت المدة أي مدة الاجارة لا مدة الرضاع كما توهمه السيد الحموي فتعقبه بانه بعد انقضاء مدة الرضاعة لا يحتاج الى الارضاع حتى تجبر عليه (قوله اما اذا لم توجد من ترضعه) او وجدت الا ان الولد لا يأخذ ثدي غيرها نهر (قوله تجبر الام على الرضاع) صيانة له (قوله وعليه الفتوى) قال في الفتح انه الاصوب لان قصر الصبي الذي لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمرضه وموته نهر (قوله لامه الخ) ولو من مال الصغير خلافا للذخيرة والمجتبى در لكن هذا خلاف ما عليه الفتوى كما سيأتي قريبا عن المنصورية وتبعه البرجندي واقره العلامة الحموي (قوله لو منكوحة او معتدة) كيلا يؤدي الى اجتماع اجرة الرضاع ونفقة النكاح في مال واحد ولان الرضاع مستحق عليها ديانة الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا أقدمت عليه بالاجر ظهر قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ الاجرة عليه نهر هذا اذا لم يكن للصغير مال فان كان له مال ذكر ابن رستم عن محمد انه اذا استأجر الاب امه من ماله حال قيام النكاح يجوز لان نفقتها ليست من مال الرضيع فيجوز ان تستوجب الاجر في ماله بمقابلة الارضاع بالشرط والفتوى على هذه الرواية حموي عن البرجندي معزيا للمنصورية (قوله وفي رواية اخرى جاز) وهو ظاهر الرواية واصح الروايتين كذا في الجوهرة والقنية معللا بان النكاح قد زال فهي كالاجنبية الا ان ظاهر الهداية يفيد ترجيح عدمه وهو رواية الحسن عن الامام وهو الاولى نهر

وان تزوج باذن المولى لا يقال قد استفيد هذا من قوله وفرض لطفله لانا نقول ذلك يجب في مال الاب الغائب وهذا يجب عليه مطلقا سواء كان غائبا او حاضرا فلا يكون مكررا (ولا تجبر امه لترضع) مطلقا سواء كانت شريفة اولا وعند مالك تجبر ان لم تكن شريفة واعلم ان الاعمال تجب عليها ديانة ولا تجبر عليها في الحكم نحو كنس البيت وغسل الثياب والطبخ والخبز والارضاع (ويستأجر) الاب (من ترضعه عندها) اذا اراد ذلك هذا اذا وجدت اما اذا لم توجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع وقيل لا تجبر الام في ظاهر الرواية وهي انه غذاؤه من المائعات والدهن والى الاول مال شمس الائمة السرخسي والقدوري وهو الاصح وعليه الفتوى (لامه) اي لا يستأجر ام الطفل (لو) كانت (منكوحة او معتدة) عن الطلاق الرجعي لترضعه واما المعتدة عن طلاق بائن فكذلك في رواية وفي رواية اخرى جاز وان استأجرها وهي منكوحته او معتدته لترضع ولده من غيرها جاز

(وهي) أي الام (أحق) وأولى (به بعدها) أي بعد العدة (مالم تطلب زيادة و) تجب النفقة (لابويه وأجداده وجداته لو) كانوا (فقراء) وان كانوا أغنياء فلا (ولا نفقة مع اختلاف الدين الا بالزوجية والولاد) أى الابوان والاجداد والجدات والاولاد وأولاد الاولاد وصورته أن تتزوج ذمي ذمية فولدت ولدا ثم أسلمت فالولد يتبعها في الاسلام ونفقته على الاب أو أسلم الولد دونها

(قوله وهي احق به بعدها) وظاهر كلامهم ان هذه الاجرة لا تتوقف على عقد اجارة مع الام بل تستحقه بالارضاع في المدة المذكورة ولا تسقط هذه الاجرة بموته بل هي اسوة الغرماء نهر (قوله مالم تطلب زيادة) قال الزيلعي ولو رضيت الاجنبية بلا أجر أو بدون أجر المثل والام باجرة المثل فالاجنبية أولى انتهى أي بالارضاع أما الحضانة فهي للام وتستحق أجرة عليها كما في فتاوى قارى الهداية وفي الولوالجية لو طلبت العمة أن تربيه وتمسكه من غير أجر ولا تمنع الام عنه فالصحيح أن يقال للام اما ان تمسكيه بغير أجر واما أن يدفع الى العمة انتهى والعمة ليست بقيد فيما يظهر بقي أن الاجنبية هل تكون كذلك قال في البحر ظاهر المتون أن الام تأخذه بأجر المثل ولا تكون الاجنبية أولى نهر وفي الرمز ما يخالفه حيث قال والظاهر أن من لا حق لها في الحضانة كذلك قال وفي التتارخانية ما يشير اليه حموي بقي أن ظاهر كلامهم يفيد أنه لافرق في الحكم المذكور بين أن يكون الاب معسرا أو موسرا وليس كذلك بل المسئلة مقيدة بما اذا كان الاب معسرا كما في الدرر عن الخلاصة حتى قال في الشرنبلالية والتقييد يفيد أن الاب الموسر يجبر على دفع الاجرة للام نظرا للصغير يعني ولا تكون المتبرعة أولى منها (قوله وتجب النفقة لابويه) وان لم يكونا مسلمين لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله و يتركهما جائعين لكن قيد في النهر المسئلة بغير الحربيين ولو مستأمنين في دارنا و يشترط كون الابن موسرا وسيأتي في كلام الشارح ما يدل عليه فانه اذا كان معسرا كان عاجزا ولا نفقة على العاجز بخلاف نفقة الزوجة والاولاد الصغار لانه التزمه بالعقد واختلفوا في اليسار والفتوى على أنه مقدر بملك نصاب حرمان الصدقة أعني يسار الفطرة درر وهو مختار صاحب الهداية وهو قول أبي يوسف وفي الخلاصة هو نصاب الزكاة وبه يفتي وعن محمد أنه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا ان كان من أهل الغلة وان كان من أهل الحرف فهو مقدر بما يفضل عن نفقته ونفقة عياله كل يوم وهذا أوجه شرنبلالية عن الكمال ولو قال الاب هو غني وادعى الابن الاعسار فالقول للابن والبينة بينة الاب واذا سرق الاب من مال ابنه ما يكفيه اذا امتنع من الانفاق عليه فان كان في البلدة قاض اثم والا فلا نهر واذا احتاج الاب الى زوجة والابن موسر وجب عليه أن يزوجه أو يشترى له جارية و يلزمه نفقتهما وكسوتهما وان كان للاب أكثر من زوجة لم يلزم الابن الا بنفقة واحدة يوزعها الاب عليهن كما في الجوهرة من غير ذكر خلاف وفي البحر عن الحلواني في رواية اخرى قيد وجوب نفقة زوجة الاب بكونه مريضا أو به زمانة أما اذا كان صحيحا فلا تجب نفقة زوجته على ولده شرنبلالية ولو لم يقدر الا على نفقة أحد أبويه فالام أحق ولو له أب وطفل فالطفل أحق وقيل يقسمها فيهما در وظاهر اطلاقه أنه لا فرق بين أن تكون زوجة الاب مسلمة أو ذمية وهو مشكل لان النفقة لا تجب مع اختلاف الدين الا في الزوجة والولاد وقد يقال وجوبها عليه لما كان بطريق التبع لنفقة الاب اغتفر اذ يغتفر في التابع ما لا يغتفر في غيره أو يقال وجوبها عليه ضمنا لا قصدا و يغتفر في الضمنيات ما لا يغتفر في القصديات حموي (قوله وأجداده وجداته) لانهما من الآباء والامهات واطلاقه شامل للجد والجدة الفاسقين وشامل لما لو كان من قبل الاب أو الام شرنبلالية ونهر (قوله لو كانوا فقراء) ولو كان له منزل وخادم ففي استحقاقه روايتان ورواية الاستحقاق هي الصواب ودل اطلاقه أن الاب لو كان مع فقره يقدر على الكسب تجب نفقته أيضا وهذا قول السرخسي نهر وقوله ففي استحقاقه الخ أي استحقاق أجرة المنزل ونفقة الخادم (قوله الا بالزوجية الخ) لان وجوبها باعتبار الحبس المستحق بالعقد الصحيح دون اتحاد الدين قيل لا يرد على الحصر نفقة المملوك الكافر على السيد المسلم وان كان فقيرا لانه بصدد بيان نفقة الاقارب حموي عن البرجندي وفي المختار والملتقى ونفقة زوجة الابن على أبيه ان كان صغيرا أو زمنا وفي واقعات المفتين لقدري أفندي و يجبر الاب على نفقة امرأة ابنه الغائب وولده در (قوله والولاد) لانه لا يمتنع نفقة نفسه بكفره فكذا نفقة جزئه الا أنه لا يجب على المسلم نفقة أبويه الحربيين كما في الزيلعي لنهينا عن بر من

يقاتلنا

يقاتلنا في الدين واطلاق البحر يبين صادق بالمستأمنين وبه صرح في الدر (قوله ولا يشارك الاب والولد الخ) قال في النهاية ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد من الاخوة والاخوات والاعمام والعمات وغيرهم واما الاولاد فانهم يشتركون في نفقة والديهم حموي وأقول هذا مما لا حاجة اليه لان اللام في الولد للجنس فيصدق بالواحد والمتعدد (قوله تقديره لا يشارك أحد من الاقارب الاب الخ) اما الابوان فلان لهما في مال الولد تأويلا لقوله عليه السلام أنت ومالك لابيك ولا تأويل لهما في مال غيره ولانه أقرب الناس اليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه واما نفقة الولد على الاب فلما تلونا ولما ذكرنا من المعنى زيلعي ودرر وتعقبه في الشرنبلالية بأن قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك أخص من المدعى وأجاب شيخنا بأن المراد من قوله عليه السلام لابيك الاصل فيعم الام (قوله على الذكور والاناث بالسوية) لان المعنى وهو الجزئية أو اعتبار التأويل في مال الولد يشمل الذكر والانثى بخلاف الولد الصغير حيث تجب نفقته على الاب وحده لان الاب يختص بالولاية في الصغير فكذا في النفقة بخلاف الكبير زيلعي واعلم ان المراد بالكبير هو الذى لا قدرة له على الكسب ولهذا قال في الشرنبلالية ووجه الفرق بين نفقة الصغير والكبير الزمن انه اجتمع للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بلزوم نفقته عليه ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فتشاركه الام ولو كان للفقير ابنان أحدهما فائق في الغنى والآخر يملك نصابا فقط كانت النفقة عليهما بالسوية وفي الذخيرة عن الحلواني التسوية انما تكون اذا كان التفاوت يسيرا اما اذا كان تفاوتا فاحشا يجب ان يتفاوتا في قدر النفقة حموي عن البرجندي (قوله وعن أبي حنيفة ان نفقة الولد على الاب والام اثلاثا) يعني الكبير كما سبق عن الزيلعي وأما الصغير فنفقته على أبيه خاصة من غير خلاف قال الزيلعي والظاهر الاول (قوله ولقريب محرم) اذا كان حرا حتى لو كان عبدا أو أمة أو مدبرا أو أم ولد فلا نفقة لهؤلاء على ذى الرحم المحرم لانها واجبة على مواليهم حموي عن البرجندي واعلم ان التقييد بالقريب المحرم يخرج غير المحرم كابن العم والمحرم غير القريب كالاخ رضاعا لكن يرد عليه ان لنا رحما محرما لا تجب نفقته كابن العم اذا كان أخا من الرضاع نهر وتبعه الحموي في الشرح وأقول هذا غفلة عما في البحر عن شرح الطحاوى من ان المراد من كانت محرميته بجهة القرابة وحينئذ فلا يرد وقول العيني وهنا قيد آخر لم ينبه عليه الشيخ وهو ان يكون ذو الرحم المحرم مسلما الا ان اختلاف الدين يمنع هنا بخلاف قرابة الولاد والزوجية انتهى ذهول عن قول المصنف ولا نفقة مع اختلاف الدين الا بالزوجية والولاد (قوله عاجز عن الكسب) حقيقة كالزمن والاعمى ومقطوع اليدين او الرجلين أو حكما كالانثى نهر أو يكون من أعيان الناس يلحقه العار بالتكسب أو طالب علم لا يتفرغ لذلك زيلعي (قوله بقدر الارث) لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وقرا ابن مسعود ذى الرحم المحرم والمراد من هو أهل للميراث لا كونه وارثا حقيقة اذ لا يتحقق ذلك الا بعد الموت حتى لو كان له خال وابن عم فنفقته على خاله وميراثه لابن عمه نعم عند الاستواء في المحرمية النفقة على الوارث كالعم مع الخال نهر وما في الدرر من قوله فنفقة من له خال وابن عم على الخال ففيه نظر لانه ليس بمحرم والكلام في ذى الرحم المحرم در عن القهستاني وأفاد بقوله بقدر الارث انه لو تعدد من تجب عليه النفقة قسمت عليهم بقدر الارث كأم وعم للصغير أو أم وأخ شقيق فلو كان الاقرب معسرا والابعد موسرا فكل من حاز جميع المال وهو معسر جعل كالميت وكانت النفقة على الباقين بقدر الارث وكل من حاز بعضه لم يجعل كالميت وكانت على قدر مواريث من يرث معه بيانه معسر له ابن فقير وصغير وثلاثة اخوة متفرقين فنفقة الاب على الشقيق والاخ لام اسداسا خمسة أسداسها على الشقيق والباقي على الاخ ونفقة الولد على الشقيق خاصة كذا في البدائع ولو اجتمع المعسرون والموسرون ووجبت النفقة على الموسرين اعتبر المعسرون احياء في حق اظهار قدر ما يجب على الموسرين ثم يجب الكل على الموسرين بيانه صغير له أم وأخت شقيقة ولام فقط ولاب كذلك والشقيقة والام موسرتان فالنفقة عليهما على أربعة أسهم ثلاثة على

(ولا يشارك الاب والولد في نفقة ولده وابويه أحد) فيه لف ونشر تقديره لا يشارك أحد من الاقارب الاب في نفقة الابن ولا يشارك أحد الاقارب الولد في نفقة أبويه وعن أبي حنيفة ان نفقة الولد على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما هذا اذا كان الاب موسرا فان كان معسرا والام موسرة أمرت بأن تنفق من مالها على الولد ويكون ذلك دينا على الاب اذا ايسر فان كان الاولاد موسرين فنفقة الابوين على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح وعن أبي حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث للذكر مثل حظ الانثيين (و) تجب النفقة (لقريب محرم فقير عاجز عن الكسب بقدر الارث)

الشقيقة والباقى على الام قاله الخصاف نهر (قوله لوموسرا) شرط المصنف اليسار لان الفقير لاتجب عليه نفقة غير الاصول والفروع والزوجة ولا يشترط يسار الاب لنفقة الولد الكبير العاجز لانه كالصغير بحر (قوله وله أخ وأخت) أوأم وعم أوأم وأخ شقيق كما سبق عن النهر (قوله على الاخ والاخت اثلاثا) ولوصغيرين وكذا يجبر الابن اذا كان موسرا على نفقة أولاد أبيه لان الفقير كالميت فتجب عليه نفقة اخوته ذكره فى المحيط وفيه يجبر الابن على نفقة امرأة أبيه ذكره هشام عن أبى يوسف وذكر الخصاف ان نفقة خادم الاب لاتجب على الابن الا اذا كان محتاجا اليه زيلعى (قوله وقال ابن أبى ليلى الخ) وبه قال أحمد عينى (قوله محرما كان أولا) اعلم ان بين ذى الرحم وبين المحرم عموما وخصوصا من وجه لتصادقهما على البنت والاخت وصدق الاول على بنت العم دون الثانى لصحة نكاحها وصدق الثانى على أخت الزوجة لعدم صحة نكاحها دون الاول درر لكن لوأبدل أخت الزوجة ببنت الزوجة أو بالاخت رضاعا لكان أولى (قوله وقال الشافعى لاتجب الخ) لان ذوى الارحام لاجزئية بينهم فلاتجب نفقة بعضهم على بعض (قوله عرض ابنه) العرض المتاع وكل ماهو غير الدراهم والدنانير فهو عرض وقال أبوعبيد العرض الامتعة التى ليست مكيلة ولا موزونة ولا حيوانا ولاعقارا كذا فى الصحاح والعقار فى اللغة هو الاراضى والاشجار والشرب والدور والمنازل وفى الفصول العمادية اسم للعرصة المبنية والضيعة اسم للعرصة فقط والمراد بالعقار هنا المعنى الاول ثم اعلم ان الابن ليس قيدا بل البنت كذلك ولوعبر المصنف بالولد لكان أولى حموى عن البرجندى (قوله الغائب) ولا بد من قيد كون الابن كبيرا اذلو كان صغيرا باع الاب عرضه للنفقة اتفاقا شيخنا (قوله لنفقته) قيد بالنفقة لانه ليس له البيع لدين سواها اجماعا قال الزيلعى فى المسئلة نوع اشكال وهو ان يقال اذا كان للاب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ فالمانع له من البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل أقول لااشكال أصلا لان ههنا مقدمتين احداهما ان للاب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ والثانية ان بيع المنقول من باب الحفظ ولا يلزم من كون الاولى اجماعية كون الثانية كذلك فالمانع من البيع بالنفقة عندهما كونه منافيا للحفظ وأما المانع من البيع بالدين فهو ان ثبوت الدين يحتاج الى القضاء يعنى والقضاء على الغائب لايجوز بخلاف نفقة الولاد درر وتعقبه عزمى زاده بأن احتياج ثبوت الدين الى القضاء لايكون وجها للفرق فانه اذا كان الدين مثبتا ومقضيا به على الابن قبل غيبته فالظاهر ان المسئلة أيضا بحالها انتهى وأشار بقوله للنفقة الى انه لايجوز بيعه الا بقدر مايحتاج اليه من النفقة ولايجوز له ان يبيع الزيادة على ذلك بحر عن غاية البيان واعلم ان المتن الذى شرح عليه صاحب البحر وقع التعبير فيه بالنفقة فلهذا قال وانما قال المصنف للنفقة ولم يقل لنفقته للاشارة الى انه يبيع لنفقته ونفقة ام الغائب وان كانت الام لاتملك البيع قال فى الذخيرة الظاهر ان الاب يملك البيع والام لاتملك ولكن بعدما باع الاب فالثمن يصرف اليهما فى نفقتهما انتهى (قوله الا اذا كان الولد الغائب صغيرا) وكذا المجنون اتفاقا نهر (قوله فانه يصح بيع العقار أيضا) كما لو كان الصغير حاضرا (قوله وعند أبى يوسف ومحمد لايجوز ذلك كله) وهو القياس اذلا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لايملك حال حضرته ولايملك البيع فى دين سوى النفقة ووجه الاستحسان ماذكرناه من ان له ولاية الحفظ فى مال ولده الغائب اذ للوصى ذلك فالاب أولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ اذ يخشى عليه التلف ولا كذلك العقار لانه محفوظ بنفسه وبخلاف غير الاب من الاقارب اذلا ولاية لهم أصلا فى التصرف حال الصغر ليبقى أثرها بعد البلوغ ولا فى الحفظ بعد الكبر بخلاف الاب واذا جاز بيعه فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه درر وأنث الضمير فى قوله ولا كذلك العقار لانها محفوظة بنفسها باعتبار البقعة (قوله لايجوز ذلك كله) أى لابيع العرض ولا العقار على الكبير شيخنا (قوله بلا أمر) قال فى الكافى لو انفق مديون أو مودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضى ضمن المودع ولايبرأ المديون ولكن لايرجع على من انفق عليه انتهى (قوله ضمن) أى قضاء وكذا من عنده ماله كالمضارب والمديون

لو) كان (موسرا) حتى لوكان رجل معسر عاجزا عن الكسب وله أخ وأخت موسران تجب نفقته على الاخ والاخت اثلاثا وقال ابن أبى ليلى تجب النفقة على كل وارث محرما كان أولا وقال الشافعى لاتجب النفقة على غير الوالدين والمولودين (وصح) للوالد (بيع عرض ابنه) الغائب (لا) بيع (عقاره لنفقته) الا اذا كان الولد الغائب صغيرا فانه يصح بيع العقار أيضا وعند أبى يوسف ومحمد لايجوز ذلك كله وهذا الخلاف فى الاب اما بيع غير الاب فلايصح اجماعا وفى حال حضرة من تجب عليه النفقة ليس لاحد ممن يستحق النفقة بيع العرض والعقار اجماعا (ولو أنفق مودعه على أبويه) وزوجته وولده (بلا أمر ضمن) وهو نكرة فى موضع النفى فيعم أمر القاضى وأمر الغائب

نهر عن الولوالجية ولا رجوع للمودع ونحوه عليهما لانه بالضمان ملكه مستندا الى وقت التعدي وهذا أي الضمان اذا كان يمكن استطلاع رأي القاضي ولو لم يمكن لا يضمن استحسانا وعلى هذا بيع بعض الرفقة متاع بعضهم لتجهيزه وكذا لو أغمي عليه فانفقوا عليه من ماله لم يضمنوا استحسانا ز يلعي والتقييد بالضمان قضاء لنفي ضمانه فيما بينه و بين الله تعالى حتى لو مات الابن الغائب له ان يحلف لورثته انهم ليس لهم حق عليه شرنبلالية عن الفتح و ينبغي انه لو انحصر ارثه في المدفوع اليه كالاب مثلا فلا ضمان كالواطىء المغصوب للمالك بغير علمه لانه وصل اليه عين ما يستحقه نهر (قوله حتى لو أنفق بأمر أحدهما لا يضمن) وكذا صرح الز يلعي والعيني بأنه اذا أنفق بأمر القاضي لم يضمن معللا بأن القاضي ملزم لولايته عليه ومنه تعلم سقوط ما نقله السيد الحموي عن المقدسي من ان قوله بلا أمر ان أراد به الاحتراز عما لو كان بأمر القاضي فظاهره انه لا يضمن وهو مشكل بل ليس للقاضي الامر فلو أمر لم يفد انتهى (قوله لا يضمنون) لوجوب نفقة الولاد والزوجة قبل القضاء حتى لو ظفر بجنس حقه فله أخذه ولهذا فرضت في مال الغائب بخلاف نفقة الاقارب ولو قال الابن أنفقته وأنت موسر وكذبه الاب حكم الحال يوم الخصومة ولو برهنا فبينة الابن در عن الخلاصة (قوله سقطت) أي النفقة لان وجوبها باعتبار الحاجة وقد وقعت الغنية عن الماضي بخلاف نفقة الزوجة لانها للاحتباس ولهذا تجب مع يسارها وعلى هذا لو سرقت النفقة المعجلة أو الكسوة يفرض لذوي الارحام مرة بعد أخرى الى ما لا يتناهى لتحقق الحاجة ولا يفرض للزوجة شئ لعدم اعتبار الحاجة في حقها و بعكسه لو بقيت النفقة المفروضة في يده بعد المدة يفرض للزوجات ولا يفرض لذوي الارحام وعلى هذا اذا أسلفها نفقة مدة ثم مات أحدهما قبل المدة يسترد في الزوجات عند محمد دون الاقارب وفي الحاوي نفقة الصغير تصير دينا بالقضاء دون غيره عيني فعلى هذا نفقة الصغير تكون مستثناة من السقوط نهر وغيره (قوله فاستدان عليه) أشار به الى أن مجرد اذن القاضي بالاستدانة لا يكفي بل لا بد من الاستدانة بعده بالفعل قال في النهر حتى لو انفق من ماله أو من صدقة تصدق بها عليه فلا رجوع له لعدم الحاجة كذا في المبسوط وما في البحر من تقييده بالانفاق مما استدانه وعزاه الى النهاية وغيرها ففيه نظر اذ لا أثر لانفاقه مما استدانه حتى لو أنفق بعد ما استدان من مال آخر ووفى مما استدانه لم تسقط أيضا انتهى ولو مات الاب بعد الاستدانة فالنفقة دين في تركته في الصحيح تنو يرتبعا للبحر ثم نقل في البحر عن البزازية تصحيح ما يخالفه ونقله في المنح عن الخلاصة قائلا ولو لم يرجع حتى مات لم يأخذها من تركته هو الصحيح در (قوله فحينئذ تصير دينا في ذمته) لان للقاضي ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فلا تسقط بمضي المدة ز يلعي وفي البدائع لو امتنع عن نفقة القريب المحرم يضرب ولا يحبس بخلاف الممتنع من سائر الحقوق لانه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس لانه يفوت بمضي الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق انتهى و ينبغي ان يقيد بما زاد على الشهر أما الشهر وما دونه فيحبس عليه لعدم سقوطه نهر (قوله ولمملوكه) منفعة أعم من ان تكون الرقبة له أولا فلا تجب للمكاتب ووجبت للمدبر وأم الولد وللموصى بخدمته على الموصى له بها الا اذا مرض مرضا يمنعه من الخدمة أو كان صغيرا لا يقدر على الخدمة فنفقته على الموصى له بالرقبة حتى يصح و يبلغ الخدمة وللقاضي ان يبيع المريض و يشتري بثمنه عبدا يقوم مقام الاول في الخدمة ولو أوصى بجارية لانسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله لو أوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى وقالوا انها على الراهن والمودع فلو غاب فجاء المودع وطلب من القاضي ان يأمره بالنفقة أو بالبيع أمره ان يؤاجره و ينفق عليه من الاجرة وان رأى القاضي بيعه فعل ونقلوا في آخذ الآبق اذا طلب من القاضي ذلك فان رأى الانفاق أصلح أمره وان خاف ان تأكله النفقة أمره بالبيع وما في النهر بحثا من ان أمره بالاجارة أصلح ولم يذكروه جوابه انه منع من ذلك خوف اباقه ثانيا واذا علمت ان صاحب النهر انما ذكر ذلك بحثا وقد عرفت جوابه فما كان ينبغي لصاحب الدر جزمه به لايهامه انه منقول

حتى لو أنفق بأمر أحدهما لا يضمن (ولو أنفقا ما عندهما) أو أنفق ولده وزوجته ما عندهما من مال الابن الغائب أو الاب والزوج وهو من جنس حقوقهم (لا) يضمنون (فلو قضى) القاضي (بنفقة الولاد والقريب ومضت) مدة طويلة (سقطت الا أن يأذن القاضي بالاستدانة) فاستدان عليه فحينئذ تصير دينا في ذمته ولا تسقط بمضي المدة وذكر في زكاة الجامع ان نفقة المحرم تصير دينا بقضاء القاضي وذكر في كتاب النكاح انها لا تصير دينا بالقضاء وتسقط بمضي المدة فحمل ما في المذكور في الجامع على ما اذا قصرت المدة والمذكور في النكاح على ما اذا طالت المدة فنفقة الاقارب لا تصير دينا بالقضاء ان طالت المدة أما اذا قصرت تصير دينا والفاصل بين القليل والكثير الشهر وانما قيد بنفقة الولاد والقريب لان نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لا تسقط طالت بها المدة أو قصرت كما تقدم في صدر الباب (و) تجب النفقة على المولى (لمملوكه) مطلقا سواء كان المولى أو العبد أو الامة صغيرا أو كبيرا (فان أبى) المولى الانفاق عليه وكان له كسب

المذهب وأما المغصوب فنفقته على الغاصب ولو طلب من القاضي أمره بالانفاق لم يجبه وفي القنية نفقة المبيع على البائع مادام في يده هو الصحيح وفيه اشكال اذ لا ملك له لا رقبة ولا منفعة فينبغي ان تكون على المشتري وتكون تابعة للملك كالمرهون كما بحثه بعضهم نهر وقيل تستدان نفقته فيرجع على من يصير له الملك حموي عن البرجندي والنفقة على الآجر والراهن والمستعير وأما كسوته فعلى المعير در (قوله ففي كسبه) ولو نهاه المولى عن الكسب كان له ان يتناول بقدرها من ماله كالعاجز نهر (قوله بأن كان عبدا زمنا) فيه ايماء الى ان الصحيح الذي لا يعرف حرفة لا يكون عاجزا اذ يمكن ان يؤجر نفسه في الفاعل نهر عن الفتح (قوله أو أمة لا يؤجر مثلها) خشية الفتنة كما في الفتح والبرهان وغيرهما كالعيني قال في الشرنبلالية فعلم ان الانوثة هنا ليست أمارة العجز بخلافه في ذوي الارحام انتهى لكن نقل البرجندي عن الملتقط ما مقتضاه كون الانوثة أمارة العجز حتى في الاماء ونصه للجارية ان تنفق من مال مولاها على نفسها لانها ليست من أهل الكسب بخلاف العبد انتهى (قوله واجبر) أي عليه وكان الاولى في المزج ان يقول أمر اجبار حموي (قوله ببيعه) فان قلت أي فرق بين العبد والزوجة فالزوجة لا تفرق من زوجها بعدم النفقة وعللوه بأن فيه ابطال الملك مع ان الملك في العبد يبطل ببيعه قلت الفرق ان الثمن يقوم مقامه والابطال الى خلف كلا ابطال بخلاف الزوجة لانه ابطال لا الى خلف فلا يصار اليه بل يقال لها استديني كيلا يبطل حقها أما المملوك فلا يؤمر بالاستدانة لانه لا يجب له دين على مولاه بل يجبر على بيعه لكونه من اهل الاستحقاق زيلعي وقالا يبيعه القاضي وبه يفتى درهذا اذا كان قابلا للبيع فان لم يكن قابلا كالمدبر وأم الولد اجبر على الانفاق لا غير نهر وتسقط نفقته بعتقه ولو زمنا وتلزم بيت المال در عن الخلاصة ولا يؤمر بشيء في حق المكاتب لانه كالحر اذ هو خارج عن ملك المولى يدا زيلعي وهذا اذا كاتبه على مال وان كاتبه على خدمته فهو كالرقيق اذ لا يدله أصلا درر ومقتضى هذا التعليل جواز بيعه مطلقا ولو بدون رضاه بخلاف المكاتب على مال (قوله بخلاف الدواب حيث لا يجبر المالك على نفقتها وبيعها) لان فيه نوع قضاء وهو يعتمد المقضي له وأهلية الاستحقاق في المقضي وليس فليس نهر (قوله بل يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى) لنهيه عليه السلام عن تعذيب الحيوان وعن اضاعة المال وفي غير الحيوان كالاشجار يكره له ان لا ينفق عليه ولا يفتى زيلعي عن النهاية وكلامه في الدر المختار يقتضي انه ان كان له شريك في الاشجار يجبر على النفقة ونصه ولا يجبر في غير الحيوان وان كره تضييع المال ما لم يكن له شريك انتهى (قوله وعن أبي يوسف أنه يجبر على الانفاق على البهائم) قال الطحاوي وبه نأخذ وفي الفتح وهو الحق وغاية ما فيه ان يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه نهر وقوله على ترك الواجب أي على تدارك تركه شيخنا (فرع) امتنع الشريك من الانفاق على الدابة المشتركة اجبره القاضي لئلا يتضرر شريكه جوهرة وفي الجواهر ان كان العبد مشتركا فامتنع أحدهما فانفق الآخر رجع عليه ونقل المصنف تبعا للبحر عن الخلاصة انه ان أنفق الشريك على العبد في غيبة شريكه بلا اذن الشريك أو القاضي فهو متطوع وكذا النخل والزرع والوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا استرمت درفما في الجواهر مخالف لما في الخلاصة حيث لم يشترط للرجوع اذن الشريك أو القاضي فيحمل على عدم التمكن من استئذان القاضي فتزول المخالفة

(ففي كسبه) اي فنفقته في كسبه (والا) أي وان لم يكن للمملوك كسب بأن كان عبدا زمنا أو أمة لا يؤجر مثلها (أمر) المولى (واجبر) (ببيعه) بخلاف الدواب حيث لا يجبر المالك على نفقتها وبيعها ان امتنع من الانفاق بل يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى وعن أبي يوسف أنه يجبر على الانفاق على البهائم أيضا وهو قول الشافعي والاصح الاول

(كتاب الاعتاق)

(كتاب الاعتاق)

اعلم ان الاسقاطات أنواع ميزت بأسماء لينسب اليها اختصارا فسمي اسقاط منافع البضع بالطلاق وملك الرقبة بالاعتاق وما في الذمة بالابراء وملك القصاص بالعفو وعبر القدوري بالعتاق لينتظم ملك ذي الرحم المحرم والاستيلاد وقد يقال انه الاصل فلهذا عنون به نهر لكن الذي بخطه وعبر صاحب الهداية الخ

ولا تنافي بينهما لوقوع التعبير بالعتاق في كل من القدوري والهداية (قوله كما ان الطلاق رفعه) ولان كلا منهما لا يقبل الفسخ غير انه قدم الطلاق وان كان غير مندوب اليه على العتق المندوب اليه وصلاته بمقابله وهو النكاح نهر واعلم ان هذا باطلاقه مقتض لمشروعية العتق حتى في حق الصبي خلافا لبعض المشايخ قال السرخسي مازعمه بعضهم من ان العتاق غير مشروع في حق الصبي وهم بل هو ثابت في حقه أيضا اذا احتيج اليه كما اذا كاتب الاب نصيب ابنه من عبد مشترك واستوفى بدل الكتابة ضمن الصبي قيمة نصيب شريكه ان كان موسرا وهذا الضمان لا يجب الا بالاعتاق حموي عن البرجندي (تتمة) نقل شيخنا عن ألغاز ابن العز مانصه

وما سيد قد صار ملكا لعبده * وتم بلا ريب فهذا جوابه

وهو انه عبد مسلم استولى على مولاه الحربي يعتق ويصير مولاه ملكا له انتهى (قوله وهو عبارة عن القوة) أي العتق المفهوم من الاعتاق لغة عبارة عن القوة أي مستلزم لها لا انه موضوع لها بدليل انهم لم يقولوا اعتق العبد اذا قوي وانما قالوا اعتق الطائر اذا قوي على الطيران وفي المغرب انه الخروج عن المملوكية حموي ومن هنا يعلم سقوط ما اعترض به في البحر من ان أهل اللغة لم يقولوا اعتق العبد اذا قوي لان أهل اللغة وان لم يصرحوا بذلك الا ان في كلامهم ما يفيده لقولهم الرق ضعف ولا شك ان ازالته تستلزم القوة نوح افندي (قوله هو اثبات القوة الشرعية) هذا التعريف على مذهبهما وعند الامام اثبات الفعل المفضي الى حصول العتق فلهذا يتجزأ عنده لا عندهما عيني واعلم أنه في الدرر عرف الاعتاق أولا بانه اثبات القوة الشرعية لا مطلقا بل بازالة الملك ثم عرفه ثانيا بانه ازالة الملك مطلقا أي غير مقيد بكونه ملكه ويلزمه اثبات القوة الشرعية انتهى أي يلزم قوله الاعتاق ازالة الملك مطلقا اثبات القوة الشرعية فتوهم في الشرنبلالية ان المجموع تعريف واحد فلهذا قال قوله وازالة الملك ذكره شرحا توطئة لقوله مطلقا والا فهو مستغنى عنه بقوله قبله بازالة الملك انتهى والذي اوقعه في هذا الايهام ماوقع له في نسخته من قوله وازالة الملك معلما بعلامة الشارح بالواو لا بأو وليس كذلك ولهذا قال شيخنا والذي وقفت عليه في نسخة معتمدة أو ازالة الملك معلما بعلامة المتن بأو الفاصلة فيكون تعريفا آخر جاريا على مذهب الامام بخلاف الاول فكان في الجمع بينهما اشارة الى الخلاف ويؤيده ما وجدته ببعض النسخ من المناهي ونصه قوله أو ازالة الملك مطلقا بالرفع عطفا على قوله اثبات القوة الشرعية انتهى ويدل على ان قوله او ازالة الملك من المتن قوله بعده في الشرح ويلزمه أي ازالة الملك اثبات القوة الشرعية قال شيخنا ثم رأيت الموافقة للمولى الواني واعلم ان الضمير في قول الدرر ويلزمه يرجع لتعريف الاعتاق شرعا باحد التعريفين اللذين ذكرهما وكذا الضمير في به من قوله وحاصله جعله غير مملوك لاحد فيخرج به البيع والهبة كذا يستفاد من عبارة شيخنا ونصها قوله ويلزمه اى تعريف الاعتاق شرعا باحد المعرفين اثبات القوة الشرعية ويخرج بكل منهما البيع والهبة اما على الثاني فظاهر واما على الاول فلانه يلزم من ازالة الملك اذا أريد به الرق مساواته للثاني في خروجهما الخ بقي ان يقال في الاطلاق الذي ذكره في جانب التعريف الثاني المفسر بقوله اى غير مقيد بكونه ملكه نظر ظاهر لصدقه حينئذ بازالة الملك الكائن ضمن بيعه أو هبته فالصواب حذف الاطلاق والتقييد بقوله لا الى مالك (قوله عند زوال الرق) ظرف لقوله اثبات القوة الخ قال السيد الحموي وفيه ان الرق يزول باثبات القوة وحينئذ فلا معنى لاثبات القوة عند زوال الرق انتهى (قوله وهو عجز حكمي) وما في الدرر حيث عرف الاعتاق بانه اثبات القوة الشرعية بازالة الملك الذي هو ضعف حكمي نظر فيه في الشرنبلالية بان الضعف الحكمي انما هو الرق الذي هو سبب للملك وأجاب شيخنا بانه من المجاز عبر بالملك عن الرق لان الملك لازم له (قوله والملك في المملوك) جعله السيد الحموي معطوفا على التصرفات ولا يتعين اذ يحتمل كونه معطوفا على قوله وهو أي الرق عجز حكمي اعلم ان سبب العتق المثبت له اما دعوى النسب أو الملك في القريب أو الاقرار بحرية عبد غير أو

المناسبة ان الاعتاق رفع العبد كما ان الطلاق رفعه وهو عبارة عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوي فطار وكرم وفي الشرع (هو اثبات القوة الشرعية) التي بها يصير أهلا للشهادات والولايات (في المملوك) عند زوال الرق وهو عجز حكمي لا يقدر به على التصرفات والولايات والملك في المملوك

الدخول في دار الحرب فان الحربي لو اشترى عبدا مسلما فدخل به دار الحرب عتق عند الامام وكذا لو هرب
منه الى دار الاسلام أو اللفظ الانشائي الدال عليه وهو ركنه وصفته واجب وهو الاعتاق عن الكفارات
ومندوب وهو الاعتاق لوجه الله تعالى لما جاء في الكتب الستة من أعتق رقبة مؤمنة اعتق الله بكل
عضو منها عضوا من اعضائه من النار ومن هنا قال المشايخ يندب ان يعتق الرجل الرجل والمرأة المرأة
وهل تشترط الصيغة لتحصيل المندوب عملا بظاهر قوله اعتق أو انه يحصل ولو بالتدبير أو شراء القريب
والظاهر أنه يحصل بهما ومباح وهو الاعتاق بلا نية وحرام وهو الاعتاق للشيطان او للصنم وكذا لو غلب
على ظنه انه يذهب الى دار الحرب أو يرتد او يخاف منه السرقة او قطع الطريق وحكمه زوال الملك نهر
وسيأتي انه بالعتق للصنم يكفر عند قصد التعظيم (قوله ويصح من حر مكلف) وان لم يكن عالما بانه مملوكه
حتى لو قال الغاصب للمالك اعتق هذا العبد فاعتقه وهو لا يعلم انه عبده عتق ولا يرجع على الغاصب
بشئ او قال البائع للمشتري أعتق عبدي هذا وأشار الى المبيع فاعتقه المشتري ولم يعلم انه عبده صح اعتاقه
ويجعله قبضا ويلزمه الثمن ولا قاصدا فيصح عتق المخطئ ويصح عتق المريض ان خرج من الثلث بحر
ولا حاجة الى ماذكره بعضهم من زيادة قوله ولو سكران أو مكرها التصريح المتن به فيما سيأتي وأما المديون
فان كان في صحته نفذ وان كان في المرض لا ينفذ الا باجازة الداينين حيث كان الدين محيطا بماله ذكره
شيخنا حين سئل عن رجل أحاط الدين بماله فاعتق عبدا هل يصح فاجاب بان اعتاقه حال صحته نافذ
اتفاقا ولو بعد الحجر عليه بسبب الدين على قول الصاحبين وفي مرض موته فدينه المحيط بتركته مانع
من نفوذ اعتاقه الا باجازة الداينين انتهى قلت وكما لا ينفذ عتق المديون حيث كان في المرض فكذا وقف
المديون ولو في الصحة أخذا من جواب المولى ابي السعود حيث اطلق في ذلك وكذا لا يشترط لنقض وقف
المديون كون الدين محيطا كذا يستفاد من جوابه فينقض من الوقف بقدر الدين وما في النهر تفريعا
على انه لا يشترط كونه عالما بانه مملوكه من قوله حتى لو قال الغاصب للمشتري أعتق هذا العبد الخ مخالف
لما في البحر حيث عبر بالمالك دون المشتري وهو أولى لشموله (قوله مكلف) وكذا يشترط ان لا يكون
شاكا في ثبوت الاعتاق فان كان شاكا فيه لا يحكم بثبوته بحر عن البدائع (فرع) قال الولوالجي رجل
اعتق عبده وله مال فماله للسيد الا لو بايواريه حموي (قوله عاقل بالغ) خرج به الصبي والمجنون والمعتوه
والمدهوش والمبرسم والمغمى عليه والنائم فانه لا يصح ولو اسنده الى حالة من هذه الاحوال او الى دار الحرب
وقد علم ذلك فالقول له لانه اسنده الى زمان لا يتصور فيه نهر (قوله سواء كان كافرا) لانه ليس بعبادة
وضعا ولهذا لم يتوقف على النية حموي اطلق في الكافر وهو مقيد بما اذا كان في دار الاسلام در رفلو ملك
قريبا محرما حربيا بدار الحرب فانه لا يعتق عندهما خلافا لابي يوسف ولو ملك قريبه الذمي أو المسلم بدار
الحرب عتق بالاجماع شرنبلالية (قوله لمملوكه) ولو باضافته اليه كان ملكتك أو الى سببه كان اشتريتك
فانت حر بخلاف ان مات مورثي فانت حر لا يصح لان الموت ليس سببا للملك ومن لطائف التعليق قوله لامته
ان مات أبي فانت حرة فباعها الابيه ثم نكحها فقال ان مات ابي فانت طالق ثنتين فمات الاب لم تطلق ولم
تعتق وكانه لان الملك ثبت مقارنا لهما بالموت در وخرج بقوله لمملوكه اعتاق غير المملوك ومنه اعتاق الحمل
اذا ولدته لاكثر من ستة أشهر ولا يرد عتق الفضولي المجاز كما توهمه في البحر لان الاجازة اللاحقة كالوكالة
السابقة نهر (قوله بأنت حر) بدأ بالصريح من الفاظه لانه الاصل ثم بدأ منها بالوصف لكثرة استعماله
ونبه بذلك على انه لو قيل له اعتقت هذا العبد فاومأ برأسه أي نعم لا يعتق كما في المحيط وما في النهر من قوله
ان نعم غير مناسب والمناسب أي نعم كما ذكرنا ولو زاد من هذا العمل يعني على قوله انت حر عتق قضاء كذا
في البدائع وفي الخانية لو قال لامته انت حرا ولعبده أنت حرة عتق وفي البزازية أنت حر النفس ونوى به كرم
الاخلاق عتق وان زاد في اخلاقك لا يعتق وفي البدائع وغيرها دعا عبده سالما فاجابه آخر فقال انت حر
ولا نية له عتق المجيب ولو قال عنيت سالما عتقا في القضاء ولو قال يا سالم أنت حر فاذا هو عبد آخر عتق سالم

[(ويصح) الاعتاق (من حر مكلف) عاقل بالغ مطلقا سواء كان كافرا أو مسلما (لمملوكه بانت حر]

نهر ومن الصريح وهبتك أو بعتك نفسك أوتصدقت بنفسك عليك فيعتق مطلقا وان لم ينو ولم يقبل العبد ولا يرتد بالرد ولو زاد بكذا توقف على القبول درعن الفتح وفيه عن الجوهرة قال لمن لا يحسن العربية قل لعبدك أنت حر فقال له عتق قضاء (قوله أو بما يعبر به عن البدن) لم يقل كما فى الطلاق أو بجزء شائع للفرق البين بينهما وهو ان هذا مما يتجزأ كما سيأتى بخلاف الطلاق فلو قال سهم منك حر عتق السدس ولو قال جزء او شئ منك حر اعتق المولى ماشاء نهر عن الخانية (قوله كالرأس والوجه) كان قال رأسك أووجهك حر اما لو قال رأسك رأس حر اووجهك وجه حر بالاضافة فانه لا يعتق وبالتنوين عتق لانه وصف لا تشبيه در (قوله والعنق) يعنى فى احدى الروايتين كما سيأتى (قوله والفرج ان كان أمة) وفى قوله لعبده فرجك حر خلاف قيل يعتق وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الذكر فى ظاهر الرواية كذا فى الخانية وفى الفتح الاولى ثبوت العتق فيه لانه يقال فى العرف هوذكر من الذكور وفلان فحل ذكر وهوذكر وفيه فى لسانك حر يعتق لانه يقال هولسان القوم وفى الدم أو العنق روايتان والاصح فى الدبر والاست انه لا يعتق ولو قال فرجك على حرام ينوى العتق لا تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان كذا فى الفتح وينبغى ان يكون كناية لجواز ان تكون الحرمة للعتق فاذا نواه تعين نهر قال فى البحر وسيأتى فى الايمان انه ان وطئها لزمه كفارة يمين (قوله وكذا الدبر) هذا هو الاصح كما سبق عن النهر (قوله وبانت عتيق) قيد بذكر المبتدا لانه لو اقتصر على الخبر كان كناية قال فى الخانية لو قال حر فقيل من عنيت فقال عبدى عتق وكذا لو قال أنت عتيق فلان بخلاف أعتقك فلان كذا فى المجتبى وكان وجهه انه فى الاول اعترف بالقوة الحاصلة بالعتق فيه وفى الثانى انما أخبر بأن فلانا أوجد الصيغة نهر (قوله وأعتقتك) كذا أعتقك الله على الاصح والعتاق عليك وعتقك على ولو زاد واجب لم يعتق لجواز وجوبه بكفارة أو نذر شرنبلالية عن الفتح (قوله نواه أولا) لانه صريح (قوله وبلا ملك لى الخ) شروع فى الكنايات لان نفى الملك والرق جاز ان يكون بالبيع كما جاز ان يكون بالعتق فلابد من النية نهر وفيه عن المحيط تهجى اعتاق عبده أوتطليق زوجته ونوى به العتق والطلاق وقع انتهى وفى الخلاصة قال لعبده أنت غير مملوك لا يعتق بل تثبت له أحكام الاحرار حتى يقربانه مملوكه ويصدقه فيملكه وكذا ليس هذا بعبدى لا يعتق وقاس عليه فى البحر لا ملك لى عليك لكن نازعه فى النهر در (قوله ان نوى) ثبت فى الاصول ان الشرط فى الكناية النية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال ليزول ما فيها من الاشتباه ولهذا لا يحتاج فى بعض كنايات الطلاق عند الغضب أو عند مذاكرة الطلاق الى النية فينبغى ان يكون فى العتاق كذلك حموى عن البرجندى (قوله بخلاف طلقتك) لما سبق ان الطلاق يقع بلفظ العتق بلا عكس درر وكذا لا يقع بكنايات الطلاق وان نوى لهذا الوجه انتهى الا فى أمرك بيدك أو اختارى فانه عتق مع النية تنوير ويتوقف على النية فى المجلس ولا عتق بنحو أنت على حرام وان نوى لكن يكفر بوطئها در (قوله ويصح بهذا ابنى الخ) غير انه ان كان مجهول النسب ويولد مثله لمثله أشبهه أولا ثبت النسب أيضا اجماعا ولو قال هذا ابنى من الزنا يعتق ولا يثبت نسبه قاله الشمنى وهل يشترط تصديقه فيما سوى دعوة البنوة قولان ولا تصير أمه أم ولد ولو قال هذا أخى لم يعتق فى ظاهر الرواية الا ان ينوى به الاخ من النسب لان الاخ كما يقال على النسبى يقال أيضا على الاخ فى الدين وفى هذا خالى أو عمى عتق نهر ودرر (قوله وسواء كان معروف النسب الخ) فلو أكذب نفسه فى هذا ابنى يثبت العتق ان لم يكن له نسب معروف حموى عن البرجندى أن لم يعرف نسبه فى البلدة التى هو فيها على ما رجحه العلامة الوانى فيوافق ما ذكره فى الدرر أولا عن القنية خلافا لما ذكره ثانيا من انه الذى لا يعرف نسبه فى مولده ومسقط رأسه الخ فقد قال فى رده انه قيد زائد على ما يفهم من عبارة الهداية وقاضيخان وسائر المعتبرات فان المفهوم منها مجهولية النسب فى وطن المقر وهو أوفق الخ (قوله فى قول أبى حنيفة الاخير) متعلق بقوله مطلقا وليس من مدخول قوله ولكن كما يتوهم شيخنا عن بعض الافاضل فلو قدمه على قوله ولكن فى معروف النسب

أو بما يعبر به عن البدن) كالرأس والوجه والعنق والفرج ان كان أمة وانما قيد بالبدن لانه لو أضافه الى العضو الذى لا يعبر به عن البدن كاليد والرجل لا يعتق عندنا خلافا للشافعى وكذا الدبر لانه لا يعبر به عن البدن (و) بانت (عتيق ومعتق ومحرر وحررتك وأعتقتك) فيعتق بهذه الالفاظ سواء (نواه) أى الاعتاق (أولا) (و) يصح (بلا ملك) لى (ولا رق) لى (ولا سبيل لى عليك) هو متعلق بالجميع (ان نوى) العتق والا لا وكذا خليت سبيلك وعن أبى يوسف انه لو قال أطلقتك ونوى العتق عتق بخلاف طلقتك (و) يصح (بهذا ابنى أو) هذا (أبى أو) هذه (أمى) مطلقا سواء كان يولد مثله لمثله أولا وسواء كان معروف النسب أو مجهول النسب لا يثبت النسب منه فى قول أبى حنيفة الاخير ولكن فى معروف

الخ لكان أولى والحاصل انه يعتق بهذا ابنى عند الامام مطلقا وأما ثبوت نسبه منه فشرطه شيئان ان يكون يولد مثله لمثله وان لا يكون ثابت النسب من غيره زيلعى وجعل العينى الشروط ثلاثة ان يكون المولى أكبر منه و يولد مثله لمثله ولم يكن ثابت النسب من غيره والتحقيق ان الشرط شيئان فقط لان الثانى يغنى عن الاول ثم ماذكره العينى من قوله فبهذه الشروط الثلاثة يعتق عند أبى حنيفة الخ فيه خلل ظاهر وسببه انه سقط من قلمه ذكر محترز تلك الشروط وهى ما اذا كان لا يولد مثله لمثله أو كان معروف النسب وصواب العبارة هكذا فبهذه الشروط الثلاثة يعتق و يثبت نسبه اجماعا وان كان لا يولد مثله لمثله أو كان ثابت النسب من غيره يعتق عند أبى حنيفة ولا يثبت نسبه وعندهما لا يعتق يدل على هذا ماذكره من التعليل (قوله بلانية) متعلق بيصح المقدر وكان ينبغى تقديمه لما فى تأخيره من الايهام حموى (قوله وهو قول الشافعى) لانه محال فيرد كما لو قال أعتقتك قبل ان أخلق ولابى حنيفة انه صحيح بمجازه وان كان مستحيلا بحقيقته لكونه اخبارا عن حريته فيصار اليه كمن حلف لا يأكل من هذه النخلة ينصرف الى مايخرج منها الاستحالة أكلها وهذا الخلاف مبنى على ان المجاز خلف عن الحقيقة فى الحكم عندهما ومن شرطه ان ينعقد السبب فى الاصل على الاحتمال ثم يمتنع وجوده لعارض فيخلفه غيره مجازا كما لو كان فى مسئلتنا غير مستحيل بأن كان يولد مثله لمثله وهو معروف النسب فانه لولا ثبوته من غيره لثبت منه فيخلفه لازمه وهو الحرية وعنده المجاز خلف عن الحقيقة فى التكلم بمعنى ان التكلم بكلام وارادة ماوضع له أصل والتكلم بذلك الكلام وارادة غيره مجاز خلف عن الاصل وشرطه ان يكون الاصل وهو التكلم به صالحا بأن يكون مبتدأ أو خبرا حتى يكون عاملا فى ايجاب الحكم الذى يقبله المحل بطريق المجاز ولا معنى لما قالا لان المجاز مأخوذ من جاز يجوز اذا انتقل والانتقال من أوصاف الالفاظ فان اللفظ هو الذى ينتقل من الموضوع له الى غيره فأما المعانى فلا يمكن نقلها زيلعى فكلام الزيلعى صريح فى ترجيح مذهب الامام (قوله ولو قال للصغير هذا جدى الى قوله وقيل لا يعتق اجماعا) لانه لا موجب له فى الملك الا بواسطة وهو الاب وهى غير ثابتة بكلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف البنوة والابوة فى قوله هذا ابنى أو أبى لان لهما موجبا فى الملك من غير واسطة زيلعى (قوله أى يصح بهذا مولاى) لانه لما التحق بالصريح كان كقوله ياحر قيد بالمولى لانه لو قال ياسيدى او يامالكى لم يعتق على الاصح لانه يراد به التعظيم الا بالنية والمختار فى قوله أنا عبدك عدم العتق وبذلك اجاب الصفار حين سئل عن جارية جاءت بسراج لمولاها فقال ما أفعل بالسراج يامن وجهك أضوأ من السراج يامن أنا عبدك لان هذه كلمة تلطف وفى المحيط عبد قدم على مولاه فقال المولى أى حر قدم علينا لا يعتق لانه يراد بها التحقير حموى فما فى النهر من ذكر التحقيق بدل التحقير تحريف من الناسخ (قوله أو ياحر أو يا عتيق) لانه ناداه بما هو صريح فى الدلالة الا اذا سماه بذلك لان مراده الاعلام باسم علمه وشرط فى الخانية الاشهاد على ذلك ولو ناداه بالفارسية وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس نداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف هداية ومحصله انه ناداه باسم مرادفه وفى المبسوط لو جعل اسم عبده حرا وكان ذلك معروفا عند الناس وناداه به فقال ياحر لم يعتق وان لم يكن معروفا عتق فى القضاء وكذا لو سماها بطالق كما فى أكثر الكتب وقيل انه يقع نهر (قوله وقال زفر لا يصح الاعتاق بقوله يامولاى الا بالنية) لانه يراد به الاكرام عادة لا التحقيق كقوله ياسيدى يامالكى قلنا الكلام محمول على حقيقته ما امكن وحقيقته ان يكون له عليه ولاء لتعين الاسفل لان اسم المولى وان كان يطلق و يراد به الناصر كما فى قوله تعالى ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وكذا يطلق و يراد به الاعلى أيضا كالاسفل لكن الاسفل متعين لاستحالة غيره لان المولى لا يستنصر بمملوكه واضافته الى العبد تنافى كونه المولى الاعلى فتعين المولى الادنى ضرورة تصحيحا لكلامه زيلعى (قوله ولم يصدق قضاء) لكونه خلاف الظاهر زيلعى (قوله لا بيا ابنى و يا أخى) لان النداء لاعلام المنادى بطلب حضوره فان كان

بلا نية وفى قولهما وهو قوله الاول
لا يعتق ان كان لا يولد مثله لمثله وهو
قول الشافعى ولو قال للصغير هذا
جدى قيل هو على الخلاف الذى مر
وقيل لا يعتق اجماعا (وهذا مولاى)
أى يصح بهذا مولاى (او يا مولاى
أو ياحر أو يا عتيق) مطلقا سواء نوى
أولا وقال زفر لا يصح الاعتاق بقوله
يامولاى الا بالنية ولو قال عنيت به
المولى فى الدين او الكذب صدق فيما
بينه وبين الله تعالى ولم يصدق قضاء
(لا بيا ابنى ويا أخى) وعن أبى حنيفة
انه يعتق فيهما ولو قال هذا أخى لا يعتق
وروى الحسن عن أبى حنيفة انه
يعتق ولو قال لعبده هذه بنتى

بوصف يمكن اثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما في يا حر وان لم يكن تجرد للاعلام
والبنوة لا يمكن اثباتها بهذا اللفظ قال في الفتح و ينبغي ان يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف
النسب والا فهو مشكل اذ يجب ان يثبت النسب تصديقا له فيعتق وفي نوادر ابن رستم عن محمد لو قال يا أبي
يا جدي يا خالي يا عمي أو قال لجاريته يا عمتي يا خالتي يا أختي لا تعتق في جميع ذلك زاد في تحفة الفقهاء
الا بالنية وأشار الى انه لو ناداه بغير اضافة أو مصغرا لا يعتق وقيد باطلاق الاخ المتناول للاخ من النسب
أو من الرضاع أو من الدين لانه لو قال من أمي وأبي أو من النسب عتق نهر عن المبسوط وليس قوله من أمي
وأبي قيدا بل كذلك لو قال من أبي أو أمي در ر فالواو في كلام صاحب النهر بمعنى أو فان قيل البنوة أيضا
مشتركة بين نسب و رضاع فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني قلنا مثل هذا المجاز لا يعارض
الحقيقة فاذا امتنعت يصار الى مجاز يكون بينه و بينها علاقة وهو هذا وفان الحرية لازمة للبنوة فيكون
الانتقال من الملزوم الى اللازم درر قال وعدم العتق بقوله هذا جدي محله اذا لم يقل أبو أبي قال في
الشرنبلالية ولا حصر في أبي الاب اذ أبو الام بل أعم منه مثله شرنبلالية (قوله قيل على الخلاف) أي
فلا يعتق عند الصاحبين ويعتق عند الامام كما في قاضيخان شيخنا (قوله وقيل لا يعتق اجماعا) وهو
الاظهر لان المشار اليه اذا لم يكن من جنس المسمى فالعبرة للمسمى كما لو باع فصا على انه ياقوت فاذا هو
زجاج كان باطلا والذكر والانثى من بني آدم جنسان فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم ولا يتصور تصحيح
الكلام في المعدوم ايجابا أو اقرارا فيلغو كذا في البرهان الا انه اقتصر على ما اذا قال هذه بنتي لعبده
وقد نص عليهما الكمال شرنبلالية وعبارة الخانية ولو قال هذه ابنتي أو قال لجاريته هذا ابني شيخنا
(قوله ولو قال عبدي أو حماري أو داري الخ) ذكر الزيلعي تفريعا على الاصل المختلف فيه بينهم وهو ان
المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وعنده في التكلم ما نصه وعلى هذا يخرج قوله لعبده هذا حر
أو حمار وكذا لو قال لك علي ألف أو على هذا الجدار فعنده يعتق و يلزمه الالف لصحة التكلم به وان
لم يمكن ثبوت الحرية والدين في مطلق أحدهما خلافا لهما لاستحالة ثبوت الحقيقة انتهى وفي التنوير
وشرحه عن الجوهرة والزيلعي و يصح أيضا بقوله عبدي أو حماري أو جداري حر كما لو جمع بين امرأته
و بهيمة أو حجر وقال أحدكما طالق طلقت امرأته لا لو جمع بين امرأته وأمته الحية أو الميتة انتهى والذي
ظهر لي ان وقوع الطلاق فيما لو جمع بينها وبين بهيمة أو حجر هو قول الامام فقط لتعذر الحقيقة عندهما
وعدم وقوع الطلاق فيما لو جمع بينها و بين أمته الحية او الميتة هو قولهما اما على قول الامام فينبغي
الوقوع (قوله أي لا يصح بلا سلطان لي عليك) وجه الفرق بين قوله لا سلطان لي عليك حيث لا يعتق
وان نوى و بين قوله لا سبيل لي عليك حيث يعتق بالنية ما ذكره الزيلعي من ان السلطان عبارة عن اليد
أو الحجة ونفيهما لا يدل على انتفاء الملك كما في المكاتب ولئن احتمل زوال اليد بالعتق فهو محتمل المحتمل
فلا يعتبر بخلاف نفي السبيل لان مطلقه يستدعي العتق لان للمولى سبيلا على مملوكه وان كان مكاتبا الا ان
ملكه باق فيه وقال الكرخي فني عمري ولم يتضح لي الفرق بينهما انتهى وأقول ما ذكره في النهر من ان
بعض المشايخ ذهب الى انه يعتق بالنية و به قالت الثلاثة قال في الفتح وهو الذي يقتضيه النظر انتهى
تأييد لما ذكره الكرخي (قوله وألفاظ الطلاق مطلقا سواء كانت صريحة أو كناية) بخلاف عكسه
كما مر در (قوله وسواء نوى أو لا) الا في أمرك بيدك أو اختاري فانه يقع بالنية كما في البدائع وفيها لو قال
لها أمر عتقك بيدك أو جعلت عتقك في يدك أو قال لها اختاري العتق أو خيرتك في عتقك أو في العتق
لا يحتاج الى النية لانه صريح لكن لا بد من اختيار العبد العتق في المجلس لانه تمليك وفي الفتح قال لامته
أطلقتك أو قال لعبده ذلك يقع العتق اذا نوى بالاتفاق انتهى وهذا وان كان من كنايات الطلاق أيضا
الا ان الممتنع انما هو استعارة ما كان كناية للطلاق فقط نهر (قوله وعند الشافعي يعتق بألفاظ الطلاق
ان نوى) لان بين اللفظين اتصالا من حيث ان كل واحد منهما لاسقاط الملك ولنا ان الاعتاق اثبات القوة

قيل على الخلاف وقيل لا يعتق اجماعا وهو الاظهر ولو قال عبدي أو حماري أو داري حر عتق العبد عند أبي حنيفة خلافا لهما ومن أراد حفظ هذه المسئلة فليحفظ ما أنشده بعض الظرفاء
٢ چونكه كفت آزاد باشد عبد يا دار و يا آزاد باشد عبد يا داد كو
(ولا سلطان) أي لا يصح بلا سلطان لي عليك (وألفاظ الطلاق) مطلقا سواء كانت صريحة أو كناية وسواء نوى أو لا عندنا وعند الشافعي يعتق بألفاظ الطلاق ان نوى (وأنت) أي لا يصح

٢ ملخص معنى البيت اذا قال الرجل عبدي أو داري حر فقل له يعتق العبد فتذكر ووجه الظرف في ذلك الذي أومأ اليه الشارح هو الجناس التام الواقع في كلمة يا دار في المصراع الاول والثاني فان الاول معناه أو دار والثاني معناه تذكر اذ الثاني مركب من ياد و آر والاول من يا بمعنى أو و دار بمعنى البيت عربية اه محمد عارف

على ما بيناوالطلاق رفع القيدلان العبد كالجمادوبالعتق يحيافيقدرعلى التصرفات الشرعية والمرأة قادرة بعدالتزوج غيرانها ممنوعة من البروز لتنتظم مصالح النكاح فاذاطلقهالم يثبت لهابه شئ لم يكن ثابتا من قبل بل يرفع عنها المانع ولاشك ان المثبت للقوة أقوى من ازالة المانع فلايجوزان يستعار الاضعف للاقوى بخلاف العكس وكذاملك اليمين أقوى من ملك النكاح بدليل انه يدخل فيه ملك المتعة تبعافألفاظ العتق تزيلهما وألفاظ الطلاق لاتزيل الاملاك المتعة فالموضوع للاضعف لايجوز استعارته للاقوى بخلاف العكس لان من شرط المجازأن لايكون عمل اللفظ فى محل المجازأقوى من عمله فى محل الحقيقة بخلاف قوله أطلقتك لانه عبارة عن التسييب فصاربمنزلة قوله خليت سبيلك ولهذا لايختص بالنكاح زيلعى (قوله ولا يعتق بأنت مثل الحرالابالنية) لانه أثبت المماثلة بينهماوهى قدتكون عامة وقدتكون خاصة فلايعتق بلانية للشك زيلعى (قوله وعتق بماأنت الاحرمطلقا) لابماأنت الامثل الحروان نوى ولا بكل مالى حر ولا بكل عبدفى الارض أوكل عبدفى الدنيا اوأهل بلخ احرارعند الثانى وبه يفتى بخلاف هذه السكة أوالداردرعن البحروقوله لابماأنت الامثل الحروان نوى يشكل بمااذاقال أنت مثل الحرفانه يعتق بالنية فيكون العتق بالنية فى قوله ماأنت الامثل الحر أولياواعلم ان عتقه بقوله ماأنت الاحر يستثنى منه مانقله السيدالحموى عن منية المفتى اذاأمرغلامه بشئ فامتنع فقال له ماأنت الاحرلا يعتق (قوله وبملك قريب) معطوف على القول مع مقوله لاعلى قوله ماأنت الاحركماقدتوهم نهر وأرادبالقول المقدّراذتقديرقوله وعتق بماأنت الاحرأى بقوله ماأنت الاحر وجعله فى البحرمعطوفا على قوله أوّل الباب بأنت حروأطلق فى العتق بملك القريب فعم مالوكان ملك منه شقصافيعتق بقدره عنده وعم كلامه مالواشترى المأذون من يعتق على المولى ولادين عليه وفى البدائع لواشترى زوجة أبيه الحامل منه عتق مافى بطنهادون الامة وليس له بيعها قبل ان تضع حملها لانه ملك أخاه فيعتق عليه انتهى وهذامناف لقولهم ان الحمل لايدخل تحت المملوك حتى لايعتق بقوله كل مملوك لى حرفيحتاج الى الجواب بحروأقول لايلزم من كون الشئ ملكا كونه مملوكامطلقاقال فى البدائع وهل يدخل تحت اسم المملوك ان كانت أمه فى ملكه دخل وان كان فى ملكه الحمل فقط بأن كان موصى له به لا يعتق لانه لايسمى مملوكاعلى الاطلاق لان فى وجوده خطراولهذالايجب على المولى صدقة فطره نهر (قوله محرم) اعلم انه لاتلازم بين المحرمية والقرابة لانفكاك المحرمية عنهافى نحوالاخت رضاعاوكذا القرابة تنفك عنهافى نحو بنت العم ولهذاقيدالمحرم فى الشرنبلالية بقوله يعنى ومحرميته بالقرابة لاالرضاع حتى لوملك ابنة عمه وهى أخته رضاعالاتعتق (قوله وقال الشافعى لايعتق عليه الاالوالدان الخ) لان العتق أقوى الصلات فيناط بأقرب القرابات وهوالولادلمكان الجزئية وغيرالولادملحق بالاجانب فى حق الاحكام كوضع الزكاة والشهادات فكذافى حق هذا الحكم ولايمكن الحاقهابالولادقياساأواستدلالا لنزولهاعن قرابة الولادولناقوله عليه السلام من ملك ذارحم محرم فهوحرولان النكاح انماحرم بهذه القرابة صيانة للقريب عن ذل ملك النكاح والاستفراش فيؤدّى الى قطيعة الرحم وملك اليمين فى ذلك أبلغ فكان أولى بالمنع فكماانه صين عن ملك نكاحه فكذاعن بقائه فى ملك يمينه زيلعى (قوله وقال أصحاب الظواهرالخ) وبه قال مالك كمافى الغاية ووجهه ماحدث الطحاوى باسناده الى أبى هريرة قال قال صلى الله عليه وسلم لايجزى ولدوالده الاأن يجده مملوكايشتريه فيعتقه والجواب أن قوله فيعتقه أى بشرائه توفيقابين الحديثين انتهى وقوله فيعتقه بشرائه أى بموجب شرائه فكان الشراء اعتاقابواسطة حكمه شيخنا (قوله ولوكان المالك صبياأومجنونا) وأهل الصبى والمجنون لهذا الحكم لانه تعلق به حق العبدوهوالقريب فشابه النفقة وضمان المتلفات شيخناقال السيدالحموى وانظرحكم مالوملك الصبى قريبه بوصية أوهبة أودخل فى ملك المكاتب قريبه انتهى قلت اماالمكاتب ففى الدرر والمكاتب اذااشترى أخاه لايتكاتب عليه اذليس له ملك تام يقدربه على الاعتاق واللزوم عند القدرة

انتهى

ولا يعتق بأنت (مثل الحر) الابالنية (وعتق بماأنت الاحر) مطلقاسواءنوى أولم ينو (و) عتق (بملك قريب محرم) أوغيرهم مطلقاسواءكان ولده اوأبويه أوغيرهم وسواءنوى أولم ينو وقال الشافعى لايعتق عليه الاالوالدان والمولودون وقال أصحاب الظواهرلزمه ان يعتقه ولا يعتق قبل اعتاقه وانما قيد بقريب محرم لانه لوملك قريباغيرمحرم تحل المناكحة معه كبنت العم أوابن العم أومحرمالايكون قريباله كأخته أوامه رضاعاأوزوجة ابنه لا يعتق (ولوكان المالك صبياأومجنونا) أومسلما أوكافرافى دارناوانماقيدنابه

لان الحربي لوملك في دارالحرب ذارحم محرم منه لا يعتق عليه (و) يصح (تحرير لوجه الله) سبحانه (والشيطان والصنم) مطلقا سواء نوى اولم ينو (و) يصح (بكره وسكر) مطلقا سواء نوى اولم ينو وعند الشافعي لا يعتق فيهما وفي رواية عن الكرخي والطحاوي عن المكره والسكران (وان اضافه) اى العتق (الى ملك) بان قال ان ملكتك فانت حر (أو شرط) بان يقول لعبده ان دخلت الدار فانت حر (صح) الاضافة فيهما

انتهى واعترض بأنه كان ينبغي ان يقال لانه ليس له ملك في الحقيقة والذي رأيته بخط شيخنا يقتضي ان الخلاف في المكاتب وعدمه بين الامام وصاحبيه انما هو بالنسبة لقرابة غير الولاد فقط وأما الصبي فالظاهر انه لا فرق في عتق ذي الرحم المحرم عليه بين ان يكون الملك بالهبة أو الوصية أو غيرهما كالشراء ولهذا عبر المصنف بالملك الشامل لما ذكر (قوله لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لا يعتق عليه) يعني عندهما خلافا لابي يوسف وكذا المسلم لو ملك قريبه فيها لم يعتق وكذا لو اعتق الحربي أو المسلم عبدا في دار الحرب لم يعتق عندهما وعنده يعتق هو يقول انه مالك رقبته فيملك ازالته بالعتق وهما يقولان انه معتق بلسانه مسترق بيده لانه تحت يده وقهره ولو طرأ الاستيلاء على الحربي أبطل حريته فالمقارن أولى ان يمنع الحرية حتى لو خلى سبيله وأزال يده عنه عتق زيلعي والمراد بالعبد في قوله اعتق الحربي أو المسلم عبدا في دار الحرب لم يعتق الخ العبد الحربي لقوله وان كان العبد مسلما أو ذميا عتق بالاجماع وولاؤه له عند أبي يوسف وقالا لا ولاء عليه لانه عتق بالتخلية لا بالاعتاق فهو كالمراغم نهر والمراد بالمراغم عبد لحربي خرج الينا مسلما كما يعلم من كلامهم قال في الغاية والاصل فيه ما روي انه خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليه مواليهم قالوا يا محمد والله ما خرجوا اليك رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب عليه السلام وقال ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم فابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله عز وجل ولانه أحرز نفسه بالاسلام فصار أولى الناس بنفسه فلم يجز استرقاقه ابتداء بخلاف ما اذا أسلم بعد الاسر انتهى (قوله لوجه الله) أراد بوجه الله رضاه مجازا بحر (قوله والشيطان) واحد شياطين الانس والجن أي مردتهم والنون فيه أصلية كانه من شطن بعد عن الخير أو زائدة ان كان من شاط بمعنى هلك نهر (قوله والصنم) وان اثم وكفر به أي بالاعتاق للصنم عند قصد التعظيم لان تعظيم الصنم كفر وعبارة الجوهرة لو قال للشيطان أو للصنم كفر تنوير وشرحه (قوله وبكره) سواء كان ملجئا وهو ما يخاف منه فوت النفس أو العضو أو غير ملجئ نهر وله ان يضمن المكره موسرا كان أو معسرا ومع ذلك يكون ولاؤه له وانما لم تجب السعاية اذا كان معسرا الا ان هذا ضمان اتلاف وهو لا يختلف باليسار والاعسار حموي عن البرجندي (قوله وسكر) أي من محرم أو مثلث بقصد السكر أما اذا كان من مباح كشرب المضطر والحاصل من الادوية والاشربة المتخذة من غير العنب والمثلث لا بقصد السكر بل بقصد الاستمراء والتقوي فانه كالاغماء لا يصح معه تصرف ولا طلاق ولا عتاق كذا في التحرير وهذا على قول الامام أما على قول محمد المفتى به من ان كل مسكر حرام فلا يخرج الا شرب المضطر نهر (قوله وان أضافه الى ملك) وكذا الاضافة الى سببه كان اشتريتك فانت حر والتقييد بالآتي مخرج لنحو ان ملكتك فانت حر وهو في ملكه فانه يعتق للحال لما عرف من ان التعليق بالكائن تنجيز فرق بين هذا وبين قوله لمكاتبه ان أنت عبدي فانت حر حيث لا يعتق لان في الاضافة قصورا نهر عن البدائع واعلم ان نسخ المتن اختلفت ففي بعضها ذكر الملك مطلقا وعليه شرح الشارح والزيلعي وفي البعض الآخر ذكره مقيدا بالآتي وعليه شرح في النهر فلهذا قال والتقييد بالآتي الخ (قوله بان قال ان ملكتك فانت حر) فيه ان هذا تعليق لا اضافة الا ان يقال انه استعمل الاضافة في التعليق مجازا يدل على ذلك ما ذكره في تعليل ان ملكتك فانت حر وهو في ملكه عتق للحال بان التعليق بالكائن تنجيز حموي (فروع) تصح حرا تعليق وتقوم وتقعد حرا تنجيز ان سقيت جاري فذهب به للماء ولم يشرب عتق لان المراد عرض الماء عليه * قال عبدي الذي هو قديم الصحبة حر عتق من صحبه سنة هو المختار * أنت عتيق ونوى في الملك يدين ولو زاد في السن لا يعتق در وقد ذكروا للعتق أشياء كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عن عبده المسلم كما ذكرنا في عبيد الطائف ومنها اذا أقر بحرية عبد انسان ثم ملكه ولو قال لعبده أنت عتيق فلان يعتق عليه لاقراره بحريته والفاظ العتق تنقسم الى ثلاثة أقسام صريح وكناية وما يجري

مجرى الصريح والاعتاق على وجوه مرسل ومعلق ومضاف الى ما بعد الموت وكل ذلك يتنوع الى نوعين بدل وغير بدل وكل ذلك ينقسم الى ثلاثة أقسام قربة ومعصية ومباح كالعتق لاجل انسان أو بلا نية زيلعي (قوله خلافا للشافعي في الاول) وقد بينا الوجه في الطلاق زيلعي (قوله ولو حرر حاملا اعتقا) قيده الثاني بان لا يخرج أكثره فان خرج لا يعتق لانه كالمنفصل في حق الاحكام الا ترى أنه به تنقضي العدة بخلاف ما لو خرج الاقل وعزى الى الثاني لانه المخرج نهر (قوله أي الحامل والولد) أي الحمل الذي سيصير ولدا حموي (قوله سواء نوى عتقهما أو لم ينو) والحاصل ان الحمل يعتق بعتق امه مطلقا أي سواء ولدت لاقل من ستة أشهر او لاكثر فان وقع العتق عليه قصدا بان ولدت لاقل من ستة أشهر يعتق ولا ينتقل ولاؤه أبدا الى موالى أبيه وان وقع بمجرد تبعية أمه بان ولدت لاكثر يعتق أيضا لكن اذا اعتق الاب بعده ينجز ولاء ابنه الى مواليه درر (قوله وان حرره) بان قال حملك حر او قال المضغة او العلقة التي في بطنك حر ولو قال أكبر ولد في بطنك حر فولدت ولدين فاولهما خروجا أكبر نهر عن المحيط وظاهره انهما لو خرجا معا لم يعتق واحد منهما الا ان تلد ثالثا قبل مضي ستة أشهر فانهما يعتقان لانه يصدق عليهما انهما الاكبر والولد وان ذكر مفردا لكنه مفرد مضاف فيعم (قوله دون الحامل) اذ لا وجه لاعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا تبعا لان فيه قلب الوضوع نهر لان الوضع العقلي ان يكون الحمل تبعا للام وأما كون الام تبعا للحمل فقلب له عزمي زاده ولو أعتق الحمل على مال بان شرطه على الام صح العتق ولا يجب المال على الجنين لعدم ولاية الغير عليه ولا على الام لان اشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز ولانه لا يجب للمولى على امته دين وانما قلنا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبي لانه معاوضة واشتراط العوض على من لم يسلم له المعوض لا يجوز كالثمن والاجرة بخلاف بدل الخلع والقصاص حيث يجوز اشتراطه على الاجنبي لان القاتل والمرأة لا يستفيدان بالعقد شيئا وانما يسقط عنهما حق الغير ومع هذا جاز اشتراطه عليهما فكذا على الاجنبي زيلعي وقوله ولا يجب المال على الجنين ولا على الام لان اشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز يخالفه ما في النهر حيث ذكر انه اذا اعتق الحمل على مال لا يعتق مطلقا بل بشرط قبول من وجب عليه وأيضا في النهر مناقضة اذ قوله وعم كلامه ما لو كان على مال وان لم يجب يناقض قوله لكن بشرط قبول من وجب عليه الا أن يكون المراد من قوله وان لم يجب أي أداؤه واعلم أيضا انه اذا اعتق الحمل فقط يشترط لعتقه قيام الحمل وقت الاعتاق بان ولدته لاقل من ستة أشهر من ذلك الوقت لتيقننا بوجوده وقت الاعتاق وان ولدته لاكثر من ستة أشهر من ذلك الوقت لم يعتق لانه لم يتيقن بوجوده وقت الاعتاق الا ان تكون معتدة عن طلاق أو وفاة فتلده لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة أشهر من وقت الاعتاق فحينئذ يعتق لانه كان موجودا حين أعتقه الا ترى انه يثبت نسبه منه ومن ضرورته وجوده عنده زيلعي وأشار المصنف الى ان تدبير الحمل وحده صحيح بالاولى قالوا ولا يجوز بيع الام اذا اعتق ما في بطنها ويجوز هبتها والفرق ان استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة لكن لا يحكم ببطلان البيع الا بعد الولادة لاقل من ستة أشهر وفي المبسوط وبعد ما دبر ما في البطن لو وهب الام لا يجوز هو الاصح والفرق ان بالتدبير لا يزال ملكه عما في البطن فاذا وهب الام بعد التدبير فالموهوب متصل بما ليس بموهوب فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وأما بعد العتق ما في البطن غير مملوك بحر (فرع) أوصى بما في بطن جاريته ومات فاعتق الورثة ما في بطن الجارية جاز اعتاقهم ويضمنون قيمة الولد يوم الولادة نهر عن الظهيرية (قوله والولد الخ) لان ماءه يكون مستهلكا بمائها فترجح جانبها ولانه متيقن به من جانبها ولهذا ثبت نسب ولد الزنا وولد الملاعنة حتى ترثه ويرثها ولانه قبل الانفصال كعضو منها حسا وحكما حتى يتغذى بغذائها وينتقل بانتقالها ويدخل في البيع والعتق وغيرهما من التصرفات تبعا لها فكان جانبها أرجح ولهذا يعتبر جانب الام في البهائم أيضا درر ولو عبر المصنف بالحمل أو بالجنين بدل الولد لكان أولى لانه لا يتبع الام في أوصافها

خلافا للشافعي في الاول (ولو حرر) أي الامتثال كونها (حاملا عتقا) أي الحامل والولد مطلقا سواء نوى عتقهما أو لم ينو (وان حرره) أي الحمل (عتق فقط) دون الحامل (والولد يتبع الام في الملك

الا الحمل وأما الولد بعد الوضع فلا يتبعها فى شئ مما ذكره حتى لو اعتق الام بعد الولادة لا يعتق الولد بحر وفى الدر ولا يتبعها بعد الولادة الا فى مسئلتين اذا استحقت الام ببينة واذا بيعت البهيمة ومعها ولدها وقنه انتهى وكذا يتبعها أيضا فى حق الاسترداد فى البيع الفاسد وفى الدين فيباع مع أمه فيه وفى الرهن فاذا رهن حاملا فولدت كان رهنا معها وفى حق الاضحية كذا فى جامع الفصولين ولا يتبعها فى النسب حتى لو تزوج هاشمى أمة غيره فجاءت منه بولد كان هاشميا تبعا لابيه رقيقا تبعا لامه نهر وكذا لا يتبعها فى وكالة واجارة وجناية وحد وقود وسائمة ورجوع فى هبة وايصاء بخدمتها ولا يتذكى بذكاة أمه فهى تسع درهن الاشباه (قوله والحرية) أى الاصلية بأن تزوج عبد حرة اصلية فحملت منه وأما الطارئة فقد مرت ولو قال المولى فى الطارئة ولدته قبل العتق وقالت بعده حكم الحال ان كان الولد فى يدها فالقول لها وان كان فى يده فالقول له ولو فى أيديهما فالقول لها أيضا ولو أقاما بينة فبينتها أولى ولو كان مكان العتق تدبير فالقول للمولى مع يمينه على علمه والبينة بينتها نهر (قوله والرق) بأن اسر امرأة من دار الحرب وأخرجها ومعها ولد فانه يملكها وولدها رقيق مثلها نهر ويستثنى من تبعية الولد لامه فى الرق ولد المغرور در (قوله والتدبير) بان دبرها حاملا تدبيرا مطلقا لا مقيدا كما ذكره الشارح لانه لا يتبعها فى التدبير المقيد نهر عن الظهيرية (قوله والاستيلاد) بأن زوج أم ولده فحملت تبعها ولدها فى حكم أمومية الولد حتى يعتق بموت المولى أيضا وينبغى ان يقيد هذا بما اذا لم يشترط الزوج حرية الولد نهر (قوله والكتابة) بأن كاتب أمته حاملا فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الكتابة (تتمة) قال فى الاشباه لم أر ما لو حملت أمة كافرة لكافر من كافر فأسلم هل يؤمر مالكها ببيعها لصيرورة الحمل مسلما باسلام أبيه ومقتضى النظر انه لا يجبر لانه قبل الوضع موهوم وبه لا يسقط حق المالك نهر وانظر هل يجبر على بيع الولد بعد وضعه تخليصا للمسلم عن رق الكافر وان لزم منه التفريق بين الولد وأمه لبقائها فى ملكه اذ لا وجه لالزامه ببيعها فليحرر (قوله وولد الامة من سيدها حر) لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه ولا يعارضه ماء الامة لان ماءها مملوك له بخلاف أمة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة فرجحنا جانبها بما ذكرنا والزوج قد رضى بذلك لعلمه به زيلعى الا اذا اشترط حرية أولاده كما سبق واعلم ان تعليل الزيلعى المسئلة بأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه خلاف التحقيق قال فى النهر والتحقيق انه علق حرا للقطع بأن ابراهيم ابن النبى عليه السلام لم يكن الا حرا لا انه علق مملوكا ثم عتق كما يعطيه ظاهر العبارة ثم اعلم انه يستثنى من القاعدة ولد المغرور كما سبق فانه اذا تزوج امرأة على انها حرة فاذا هى قنة فأولاده منها احرار بالقيمة وتعتبر القيمة يوم الخصومة شرنبلالية وقال الاسبيجابى يوم القضاء عزمى وهذا اذا كان المغرور حرا فلو كان مكاتبا أو عبدا أو مدبرا فالاولاد أرقاء حموى عن البرجندى وفى النهر عن الظهيرية قد يكون الولد حرا من زوجين رقيقين بأن كان لحر ولد هو عبد لاجنبى زوجه الاب جاريته برضا مولاه فولدت ولدا كان حرا لانه ولد ولد المولى قال الحموى وهو مشكل على القاعدة الا ان يقال ان حريته عارضة لا أصلية لانه حينئذ يعلق رقيقا ثم يعتق على المولى بالقرابة لا بالتبعية وحينئذ لا اشكال انتهى (قوله لتغايرهما من حيث الكمال الخ) والفرق بينهما ان الرق هو الذل الذى ركبه الله على بعض عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على الخلاف فيه والملك هو تمكن الشخص من التصرف فيه وهو حقه وأول ما يؤخذ المأسور يوصف بالرق لا بالملك الا بعد الاخراج الى دار الاسلام در ولفظ ركبه بالتشديد على معنى جعله راكبا لم نجده فى كتب اللغة نعم يستعمل ثلاثيه بعلى يقال ركبت عليه الديون عزمى زاده واعلم ان العبيد التى تشترى لخدمة الكعبة الرق فيهم كامل ولا ملك فيهم لاحد شيخنا عن الشلبى وقوله ولا ملك فيهم لاحد يشير الى ان العبد المشترى لخدمة الكعبة لا يعتق باعتاق المشترى ويستفاد هذا أيضا من كلام الخصاف حيث ذكر فى باب الرجل يقف الارض ومعها رقيق الخ ان الواقف ليس له عتق رقيق الوقف ولا بيعه الا اذا ضعف عن العمل كان له بيعه ليشترى بثمنه مكانه الخ (تتمة) وجه كون الرق حق الشرع ان

والحرية والرق والتدبير والاستيلاد والكتابة وولد الامة) حال كونه (من سيدها احتر) قوله من سيدها اشارة الى ان ولدها من غيره لا يكون حرا مالم يعتق وانما أورد هذين القطعين وهما الملك والرق لتغايرهما من حيث الكمال

الكافر لما استنكف ان يكون عبدالله جازاه الله فصيره عبد عبده ووجه كونه حق العامة ان الغانمين كما يقتسمون غير الرقيق يقتسمونه نوح أفندي من باب عتق البعض (قوله والنقصان) وما أورد من أن الرق لا يقبل التجزؤ فكيف يقبل النقصان يندفع بأن المراد نقصان حاله لا نقصان ذاته شرنبلالية عن فتح القدير (قوله لان في المدبر وأم الولد الخ) فيه ايماء الى ما صرح به الخصاف في باب الرجل يقف الارض على نفسه ثم من بعده على المساكين من ان المملوك يشمل المدبرين وأمهات الاولاد (قوله وفي المكاتب على عكسه) فلهذا جاز اعتاقه عن الكفارة لكمال رقه ولم يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر لنقصان الملك لخروجه عن يد المولى وانعكس ذلك في المدبر وأم الولد درر وقوله ولم يدخل تحت قوله كل مملوك الخ صريح في ان المملوك لا يشمل المكاتب واليه يشير ما سبق عن الخصاف حيث اقتصر في الشمول على المدبرين وأمهات الاولاد (قوله أولان المملوكية عامة الخ) فعلى هذا يلزم ان يكون ارق مستدركا حموي عن البرجندي

(باب العبد يعتق بعضه)

صوزان يقرأ بالتنوين وبعدمه مضافا الى الجملة وأخره عما تقدم لقلة وقوعه أو لكونه أدنى ثوابا منه حموي أو للخلاف فيه أو لانه تبع للكل نهر (قوله من أعتق بعض عبده) معينا كربعك حر أولا كبعضك أو جزء منك أو شقص غير انه يؤمر بالبيان ولو قال سهم منك حر فقياس قول الامام ان يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده نهر (قوله أي لم يزل ملكه عن كله بل يزول عن ذلك البعض فحسب) وحينئذ لم يعتق كله ولا بعضه بل يزول الملك عن الشقص ويتأخر العتق الى زوال الملك عن الكل بالسعاية عند أبي حنيفة ولهذا كان رقيقا في شهادته وسائر أحكامه وعندهما لا سعاية عليه قال الشيخ باكير والحاصل ان ههنا أشياء أربعة الرق والعتق وازالة الملك والاعتاق وأحكامها أربعة وهو ان الرق والعتق لا يتجزآن وازالة الملك متجزئ اجماعا والاعتاق مختلف فيه بناء على انه ازالة الملك عنده واثبات العتق عندهما وأصله ان الاعتاق متجزئ عنده فيقتصر على ما أعتق اذ الاعتاق ازالة الملك وعندهما لا يتجزأ بمعنى ان اعتاق البعض اعتاق للكل لان الاعتاق اما اثبات العتق أو اسقاط الرق وهما لا يتجزآن فلا يتجزأ الاعتاق ضرورة انتهى فقوله ازالة الملك متجزئ اجماعا كما اذا باع نصف عبد حموي وقال الزيلعي الاعتاق يوجب زوال الملك وهو متجزئ وعندهما يوجب زوال الرق وهو غير متجزئ وأما نفس الاعتاق أو العتق فلا يتجزأ بالاجماع لان ذات القول وهو العلة وحكمه وهو نزول الحرية فيه لا يتصور فيه التجزؤ وكذا الرق لا يتجزأ بالاجماع لانه ضعف حكمي والحرية قوة حكمية فلا يتصور اجتماعهما في شخص واحد فاذا ثبت هذا فأبو حنيفة اعتبر جانب الرق فجعل كله رقيقا على ما كان وقال زال ملكه عن البعض الذي أعتقه ولم يكن ذلك البعض حرا وهما اعتبرا جانب الحرية فصار كله حرا انتهى (قوله من عدم الزوال) ليست من للبيان بل للسببية حموي (قوله وهو كالمكاتب) الا في ثلاث الاولى اذا عجز لا يرد الثانية اذا جمع بينه وبين قن في البيع يتعدى البطلان في القن بخلاف المكاتب الثالثة اذا قتل ولم يترك وفاء لم يجب القصاص للاختلاف في موته حرا أو رقيقا فيشتبه الولي بخلاف المكاتب لانه مات رقيقا لانفساخ الكتابة بموته عاجزا وانما لا يرد معتق البعض الى الرق لان سببه ازالة الملك وهو لا يحتمل الفسخ بخلاف المكاتب لان سبب الكتابة عقد وهو يحتمل الفسخ فافترقا حموي (قوله وأصله ان الاعتاق يتجزأ عنده) والصحيح قول الامام قهستاني عن المضمرات وعلى هذا الخلاف التدبير والاستيلاد درر وكذلك حجة للامام خبر الصحيحين عن ابن عمر انه عليه السلام قال من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه والا فقد عتق منه ما عتق نهر (قوله وعندهما

لا يتجزأ

والنقصان لان في المدبر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه أولان المملوكية عامة فيتكون في بني آدم وغيرهم والمرقوقية خاصة فيهم فتبين به ان الولد يتبع الام في العام والخاص بدليل ان البقر الوحشي لا يجوز في الاضحية وان كان الولد بين الوحشي والاهلي ينظر ان كانت الام وحشية لا يجوز والا يجوز كذا في فتاوى الولوالجي

(باب العبد يعتق بعضه)

(من أعتق بعض عبده لم يعتق كله) أي لم يزل ملكه عن كله بل يزول عن ذلك البعض فحسب (وسعى) العبد (له) أي لسيده (فيما بقي) من قيمته من عدم الزوال (وهو) أي معتق البعض ما دام يسعى (كالمكاتب) هذا عند أبي حنيفة وعندهما يعتق كله وهو قول الشافعي ولا سعاية عليه وأصله ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ (وان أعتق نصيبه من عبد مشترك بينه وبين غيره فللشريك) الساكت

لايتجزأ) ولاخلاف فى عدم تجزئ العتق والرق كما سبق ولهذا قال فى الدر ومن الغريب ما فى البدائع من تجزئهما عند الامام لان الامام لو ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق على أنصافهم ومن على الانصاف جاز ويكون حكمهم بقاء كالمبعض انتهى (قوله ان يحرر) منجزا أو مضافا المدة كمدة الاستسعاء در عن الفتح (قوله أو يستسعى) أو يدبر أو يكاتب ان شاء لان التدبير نوع عتق والكتابة استسعاء وان كان الشريك عبدا مأذونا فان كان عليه دين فله خيار التضمين والاستسعاء والولاء لمولاه وان لم يكن عليه دين فالخيار للمولى فيكون له الخيارات الخمس ان كان موسرا والا فالاربع والمكاتب كالمأذون المديون واعلم ان اثبات هذه الخيارات للشريك مقيد بمن يصح منه الاعتاق حتى لو كان صبيا أو مجنونا انتظر بلوغه أو افاقته ان لم يكن له ولى أو وصى فان كان امتنع عليه العتق فقط ولو مات العبد تعين التضمين فى ظاهر الرواية فاذا ضمن وكان للعبد كسب رجع المعتق بما ضمن وليس للساكت ان يأخذ من تركة العبد قيمة نصيبه فى قول العامة أو مات المعتق وكان العتق فى صحته أخذ بالضمان وان فى مرضه لم يجب فى ماله شئ عندهما وقال محمد تستوفى القيمة من ماله أو مات الشريك الساكت فللورثة ما مر من الخيارات لكن لبعضهم ان يختار العتق وللبعض الآخر ان يختار التضمين فى ظاهر الرواية وروى الحسن انه ليس لهم ذلك وصححه فى المبسوط ومعنى العتق فى حق الوارث هو الابراء لا حقيقته لان المستسعى كالمكاتب عنده لا تورث رقبته بموت المولى انما المورث بدل الكتابة لكن لهم الابراء عن السعاية كذا هذا زيلعى ونهر وبحر (قوله أو يضمن لو موسرا) وقد أعتق بلا اذنه فلو به استسعاء على المذهب وهل يجوز الجمع بين السعاية والضمان ان تعدد الشركاء نعم والا لا ومتى اختاروا أمرا تعين الا السعاية فله الاعتاق ولو باعه أو وهبه نصيبه لم يجز لانه كمكاتب ولو اختلفا فى قيمته ان قائما قوم للحال والا فالقول للعتق لانكاره الزيادة وكذا لو اختلفا فى يساره واعساره در وقوله ولو باعه أو وهبه الخ أى باع الشريك الساكت نصيبه من المعتق او وهبه منه لم يجز استحسانا نهر لانه لم يبق محلا للتمليك وأما اذا ضمنه الساكت فانما ملكه بالضمان ضرورة لكن ليس ملكا مطلقا الا ترى انه ليس له بيعه بل اما العتق أو الاستسعاء واعلم ان المصنف انما اقتصر على ما ذكره من الخيارات ولم يزد خيار التدبير والكتابة كصاحب التحفة لرجوعهما الى السعاية لانه لو دبره وجب عليه السعاية للحال ولو كاتبه على أكثر من قيمته من النقدين مما يتغابن فيه لم يجز ولو على عروض قيمتها أكثر جاز ولو عجز استسعاه فان امتنع اجره جبرا در وأنت خبير بانهما وان رجعا الى معنى السعاية الا ان للتدبير فائدة أخرى هى انه لو مات المولى سقطت عنه السعاية ان كان يخرج من ثلث ماله وللكتابة فائدة هى الاستغناء عن تقويمه وقضاء القاضى بها واشار المصنف بذكر الخيارات الى ان ليس له خيار الترك على حاله لانه لا سبيل الى الانتفاع به بعد ثبوت الحرية فى جزء منه فلا بد من تخريجه الى العتق كما فى البدائع وهو ظاهر فى ان الشريك يجبر على ان يختار واحدا مما ذكر قال فى المبسوط وليس له ان يختار التضمين فى البعض والاستسعاء فى البعض الآخر وفى البدائع الا اذا كان الساكت جماعة فاختار بعضهم السعاية وبعضهم الضمان فلكل منهم ما اختار ولو اختار الاستسعاء امتنع عليه التضمين وكذا عكسه نعم له الاعتاق نهر وبه يتضح ما سبق عن الدر (قوله ويرجع المعتق بعد التضمين به على العبد) لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك أى أخذ القيمة بالاستسعاء بناء على الاصل الثانى وهو ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده فكذا من قام مقامه كالمدبر اذا قتل فى يد الغاصب وضمن القيمة كان له ان يرجع بما ضمن على القاتل عناية (قوله وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار الخ) وهذا مبنى على أصلين أحدهما ثبوت الحرية فى الكل بعتق البعض وعدم ثبوته وقد بيناه والثانى ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنعه لقوله عليه السلام فى الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى فى حصة الآخر قسم والقسمة تنافى الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب انسان وألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ

(ان يحرر او يستسعى) العبد المعتق فى قيمة نصيبه (والولاء لهما او يضمن لو موسرا) اى ولشريكه ان يحرره او يستسعيه او يضمن المعتق قيمة نصيبه لو كان المعتق موسرا (ويرجع) المعتق بعد التضمين (به) اى بما ادى (على العبد والولاء له) اى للمعتق فحسب وهذا كله عند ابى حنيفة وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار

فعلى صاحب الثوب قيمة الصبغ موسرا كان أو معسرا فكذا هنا غيران العبد فقير فيستسعيه ولا يرجع العبد المستسعى على المعتق بما أدّى باجماع أصحابنا لانه أدّى لفكاك رقبته بخلاف المرهون اذا أعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في دين على الراهن لان رقبته قد فكت وهو غير متبرع فيه فيرجع به عليه زيلعي وفي البحر عن جوامع الفقه الاستسعاء ان يؤاجره ويأخذ قيمة مابقي من أجره فان قلت التعليل بما سبق من انه احتبست مالية نصيبه عند العبد الخ تعليل معارض للنص لانه أوجب السعاية اذا كان المعتق معسرا قلت لا نسلم المعارضة لان الشرط لا يلزم من عدمه العدم شرح الهداية (قوله والولاء للمعتق في الوجهين) لان العتق كله حصل من جهة المعتق لعدم التجزي زيلعي (قوله ولا يرجع المعتق عليه) أي على العبد بعد ما ضمن لعدم وجوب السعاية في حالة اليسار واما التخريج على قوله فخيار العتق لقيام ملكه في الباقي اذ لم يزل الرق عنده وخيار التضمين لجناية المعتق على نصيبه بالافساد حيث امتنع عليه التصرفات سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لاحتباس المالية عند العبد ورجوع المعتق على العبد بما ضمن لقيامه مقام الساكت باداء الضمان وقد كان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي أو يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان وفي حال اعسار المعتق الساكت بالخيار ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لاحتباس ملكه عند العبد والولاء له في النصف لوجود العتق من جهته في هذا القدر فيكون الباقي للآخر فيكون ولاء العبد مشتركا بينهما في الوجهين زيلعي (قوله وعند الشافعي ان كان معسرا الخ) لانه لا وجه لتضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ماعيناه ولنا قوله عليه السلام من اعتق شقصا له في مملوك فخلاصه عليه في ماله ان كان له مال والا قوم واستسعى به غير مشقوق أي لا يشدد عليه في الامر وقال عليه السلام من اعتق نصيباله في مملوك فعليه ان يعتق كله ان كان له مال والا استسعى العبد غير مشقوق عليه روى الحديثين البخاري ومسلم وغيرهما وقال ابن حزم على ثبوت الاستسعاء ثلاثون صحابيا ولان الاستسعاء لا يفتقر الى الجناية بل ينبني على احتباس المالية فلا يصار الى المحال وهو الجمع بين الضعف والقوة الحكميين زيلعي (قوله هذا اذا كان الشريك المعتق معسرا) لا حاجة اليه للاستغناء عنه بقوله وعند الشافعي ان كان معسرا (قوله ثم المعتبر في اليسار الى قوله يوم الاعتاق) حتى لو أيسر بعده أو اعسر لا يعتبر لانه حق وجب بنفس العتق فلا يتغير بعده وان اختلفا فيه يحكم الحال الا ان يكون بين الخصومة والعتق مدة تختلف فيها الاحوال فيكون القول قول المعتق لانه منكر زيلعي (قوله وهو المختار) الظاهر انه راجع لما روى عن أبي حنيفة ويحتمل انه راجع لما أخذ به عامة المشايخ حموي ملت في الدر عن المجتبى مانصه ويساره بكونه مالكا قدر قيمة نصيب الآخر يوم الاعتاق سوى ملبوسه وقوت يومه في الاصح انتهى ومنه يعلم ان قوله وهو المختار راجع للمروى عن أبي حنيفة كما استظهره المحشي رحمه الله (قوله والمعتبر القيمة في الضمان والسعاية يوم الاعتاق) حتى لو كان العبد أعمى يومه فانجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى أو كان موسرا فاعسر لم يسقط عنه الضمان بخلاف العكس نهر وان اختلفا في قيمة العبد يوم العتق فان كان قائما يقوم للحال وان كان هالكا فالقول للمعتق لانه منكر وان اتفقا على ان الاعتاق سابق على الاختلاف فالقول للمعتق قائما كان العبد أو هالكا وان اختلفا في الوقت والقيمة فادّعى الساكت انه اعتقه للحال يحكم بالعتق للحال ويقوم لان الحادث يضاف الى أقرب الاوقات وعلى هذا التفصيل لو اختلف العبد والساكت زيلعي (قوله ولو شهد كل الخ) أي اخبر كل واحد بعتق نصيب صاحبه وكذبه وتقييد المصنف بشهادتهما اتفاقي اذ لو اخبر واحد ان صاحبه اعتق نصيبه وكذبه فالحكم كذلك ولو كانوا ثلاثة فشهد اثنان على الثالث انه اعتق نصيبه لم تقبل لانهما يجران الى انفسهما مغنما ولا يعتق نصيب الشاهد ولا يضمن لصاحبه ويسعى العبد في جميع قيمته نهر

وبحر

والولاء للمعتق في الوجهين ولا يرجع المعتق عليه وعند الشافعي ان كان معسرا فللشريك ان يستديم الرق في نصيبه ويتصرف فيه كما كان يتصرف من قبل فيباع ويوهب وهذا اذا كان الشريك المعتق معسرا وان كان موسرا عتق كله ويضمن لشريكه نصيبه فالعتق عنده لا يتجزأ ان كان موسرا وان كان معسرا يتجزأ ولا يرى التخريج الى الحرية بالسعاية ثم المعتبر في اليسار ان يملك قدر قيمة نصيب الآخر يوم الاعتاق وبه اخذ عامة المشايخ وعن أبي حنيفة ان المعتبر ذلك لكن ماسوى المشغول بحاجته كمتاع البيت والخادم والمنزل وثياب الجسد وهو المختار وقيل المعتبر نصاب حرمان الزكاة والمعتبر القيمة في الضمان والسعاية يوم الاعتاق (ولو شهد كل واحد من الشريكين (بعتق نصيب صاحبه

بحر وحموي عن البدائع (قوله سعى العبد لهما) قال في المستصفى بعد تحليف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ومثله في العيني مع زيادة قوله والولاء لهما ولو نكل أحدهما صار معترفا فلا سعاية ولو مات قبل ان يتفقا فلبيت المال در عن البحر (قوله أي لكل واحد منهما في نصيبه الخ) لان كل واحد منهما يشهد على صاحبه بالعتق وعلى نفسه بالتكاتب فلا يقبل قوله على صاحبه ويقبل في حق نفسه ويمتنع به استرقاقه ويستسعيه للتيقن به لانه ان كان صادقا فهو مكاتبه وان كان كاذبا فهو عبده ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار عنده لان حق الاستسعاء لا يبطل باليسار بل يثبت له الخيار وهنا تعذر التضمين لانكار الآخر فبقي الآخر مخيرا بين الاستسعاء والاعتاق والتدبير والكتابة على ما تقدم والولاء لهما لان كل واحد منهما يزعم انه عتق نصيبه من جهته بالسعاية ورد قوله اعتقه شريكي زيلعي (قوله وعندهما ان كانا موسرين فهو حر ولا سعاية عليه) لان كلا منهما يتبرأ عنه بدعوى الضمان على المعتق في زعمه لان كلا منهما موسر ويسار المعتق يمنع السعاية ولا يجب له الضمان على صاحبه لعجزه عن اقامة البينة باعتاقه واقراره غير مقبول عليه زيلعي (قوله وان كانا معسرين سعى لهما) لان كلا منهما يدعي عليه السعاية فقبل قوله عليه صادقا أو كاذبا زيلعي (قوله سعى للموسر ولا يسعى للمعسر) وجه الفرق ان الموسر لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي السعاية على العبد بخلاف المعسر فانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية زيلعي وكلام العيني يوهم وجوب السعاية على العبد لهما سواء كانا معسرين أو احدهما واجاب الشيخ شاهين بان المراد من قوله وقالا ان كانا معسرين يسعى أو كان أحدهما معسرا أي فانه يسعى للموسر منهما (قوله الى ان يتفقا على اعتاق احدهما) فلو لم يتفقا حتى ماتا فلبيت المال بحر عن الكمال (فرع) قال أحد شريكين للآخر بعت منك نصيبي وان لم اكن بعته منك فهو حر وقال الآخر ما اشتريته وان كنت اشتريته منك فهو حر فالقول لمنكر الشراء بيمينه فان حلف ولا بينة للبائع عتق بلا سعاية لمدعي البيع بل للآخر في حظه بكل حال وكذا عندهما لو البائع معسرا ولو موسرا لم يسع لاحد في الاصح در ومحترز التقييد بالاصح يعلم بمراجعة النهر (قوله ولو علق أحدهما) أي احد الشريكين وما في النهر من قوله أي الشريكان صوابه أي الشريكين أو هو على لغة من يلزم المثنى الالف قال في الشرنبلالية عن الكمال ولا يخفى ان من صورة المسئلة ان يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار (قوله غدا) مثال والمراد وقت معين نهر (قوله عتق نصفه) لحنث أحدهما بيقين در (قوله وسعى في نصفه الآخر لهما انصافا) والولاء لهما شيخنا (قوله عنده) لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد (قوله وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شئ) لان كل واحد منهما يتبرأ من السعاية ويدعي الضمان على شريكه فان يسار المعتق عنده أي عند أبي يوسف يمنع وجوب السعاية شيخنا عن النهاية وكذا عند محمد فلا خلاف بين الصاحبين في هذا فالخلاف انما هو فيما اذا كانا معسرين أو احدهما (قوله وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى في ربع قيمته الخ) لان المعسر يدعي الضمان على شريكه ويتبرأ من سعاية العبد فيسقط حقه عنه والموسر يدعي السعاية على العبد فيسعى له في حصته شيخنا عن النهاية فابو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في اعتبار اليسار والاعسار زيلعي (قوله وعند محمد يسعى في جميع قيمته الخ) لان المقضي عليه بسقوط نصف السعاية مجهول فلا يمكن القضاء به مع الجهالة فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فانه لا يقضي عليه بشئ للجهالة فكذا هذا ولهما انا تيقنا بحنث أحدهما وسقوط نصف السعاية عن العبد فلا يجوز القضاء به مع التيقن بخلافه زيلعي (قوله سعى في نصف قيمته للموسر) لان المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها فان يسار المعتق عنده أي عند محمد كابي يوسف يمنع وجوب السعاية شيخنا عن النهاية (قوله ولو حلف كل واحد من الرجلين الخ) في العيني كل واحد من الشريكين وهو غير صحيح لان المسئلة مصورة بما اذا كان لكل واحد منهما عبد بانفراده يظهر ذلك مما يأتي وهو ظاهر

سعى) العبد (لهما) أي لكل واحد منهما في نصيبه مطلقا سواء كانا موسرين او معسرين اوكان أحدهما موسرا والآخر معسرا عند أبي حنيفة وعندهما ان كانا موسرين فهو حر ولا سعاية عليه وان كانا معسرين سعى لهما في قيمته وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر ولا يسعى للمعسر والولاء في جميع ذلك موقوف عندهما الى أن يتفق على اعتاق احدهما (ولو علق احدهما عتقه) أي لعبد المشترك (بفعل فلان غدا) بان قال أحدهما ان دخل زيد هذه الدار غدا فالعبد حر (وعكس الآخر) بان قال ان لم يدخل فهو حر (ومضى) الغد (ولم يدر) الفعل ولا عدمه وقال كل واحد منهما حنث صاحبي (عتق نصفه وسعى في نصفه) الآخر (لهما) انصافا مطلقا سواء كانا موسرين أو معسرين او احدهما موسرا والآخر معسرا عنده وعند أبي يوسف ان كانا معسرين سعى في نصف قيمته لهما وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شئ وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى في ربع قيمته للموسر وعند محمد يسعى في جميع قيمته لهما ان كانا معسرين وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شئ وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا تسعى في نصف قيمته للموسر ولم يسع للمعسر (ولو حلف كل واحد) من الرجلين (بعتق عبده)

ولهذا قال الزيلعي يعني لو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما الخ حموي وقال الشيخ شاهين قوله من الشريكين صوابه من الرجلين اذ لا شركة هنا (قوله والمسئلة بحالها) يعني قال أحد الرجلين ان دخل فلان الدار غدا فعبده حر وقال الآخر ان لم يدخل فلان الدار غدا فعبده حر فمضى ولم يدر أدخل أم لا (قوله لم يعتق واحد منهما اجماعا) لان الجهالة في المقضي له والمقضي عليه متفاحشة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له بالحرية وسقوط نصف السعاية عنه وهو العبد والمقضي به وهو الحرية وسقوط نصف السعاية معلوم والمجهول واحد وهو الحانث منهما فغلب المعلوم المجهول وفي هذه بالعكس لان المجهول هو الغالب فيهما أي في المقضي له والمقضي عليه فامتنع القضاء لذلك ولا يشكل هذا بما اذا كان بينهما عبد وأمة كما في العيني والزيلعي أو عبدان كما في النهر فقال أحدهما ان دخل فلان الدار اليوم فالعبد حر وقال الآخر ان لم يدخل فالامة حرة ولم يعرف ادخل ام لا يعتق كل واحد منهما مع ان المقضي له بالعتق والمقضي عليه مجهول لان كل واحد منهما أقر بفساد نصيبه لزعمه ان شريكه هو الحانث بخلاف السابقة فان كلا منهما يزعم ان الآخر هو الحانث في عبده وليس له فيه نصيب حتى لو تقابضا عتقا عليهما لاقرار كل منهما بحرية عبد الآخر وعلى كل منهما قيمة ما اشترى لان كلا منهما يزعم انه اشترى حرا بعبد ففسد البيع باقرارهما ولو اشترى العبدين في مسئلتنا رجل واحد جاز وان كان عالما بحنث احد البائعين لزعم كل منهما انه باع عبدا وزعم المشتري قبل الدخول في ملكه غير معتبر فاذا صح الشراء واجتمعا في ملكه عتق عليه احدهما لان زعمه معتبر في حق نفسه ويؤمر بالبيان عيني وان لم يعلم المشتري بحالهما فالقاضي يحلفهما ولا يجبر على البيان ما لم تقم البينة على ذلك وأنت خبير بان التعليل بكون المقضي عليه معلوما يفيد انهما لو اجتمعا في ملك أحد الحالفين فالحكم كذلك ولو اتحد الحالف بان قال عبدي حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لانه باليمين الاولى مقر بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقرا بوجود شرط الاولى نهر بخلاف ما لو كانت الاولى بالله اذ الغموس لا يدخل تحت الحكم ليكذب به في الاخرى در وقيل لا يعتق ولا تطلق لان احدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل واحد من الشرطين دائر بين الوجود والعدم فلا ينزل الجزاء بالشك والفرق بين هذا وبين حلفه بالعتق ان دخل فلان الدار اليوم وبالطلاق ان لم يدخل حيث لا يقع شيء ما في البحر عن الفتح وهو ان صيغة ان لم يكن دخل تستعمل لتحقيق الدخول في الماضي فكان معترفا بالدخول وهو شرط الطلاق فوقع بخلاف ان لم يدخل اذ ليس فيها تحقيق وصيغة ان كان دخل لتحقيق عدم الدخول فكان معترفا بعدم الدخول وهو شرط وقوع العتق فوقع بخلاف ان دخل فانه ليس فيها تحقيق أصلا الخ (قوله ولو ملك ابنه) كذا الحكم في كل رحم محرم شرنبلالية عن الفتح فيقيد بالقريب لانه لو ملك مستولدته بالنكاح مع آخر ضمن نصف القيمة لشريكه ولو بالارث لان هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار نهر (قوله مع رجل) بعقد واحد فلا حاجة لما قاله الاتقاني ويوضع هذا القيد للمسئلة الآتية حموي عن شرح ابن الحلبي والمراد بالمسئلة الآتية ما سيأتي من قوله وان اشترى نصفه اجنبي ثم الاب ما بقي (قوله عتق حظه أي نصيبه) لانه ملك قريبه فيعتق عليه بخلاف ما لو اشترى العبد نفسه مع اجنبي حيث لا يصح لوقوع البيع والعتق معا في زمان واحد نهر واعلم ان المراد من قوله عتق حظه ثبوت اثره وهو زوال الملك ولم يرد به حقيقة العتق لانه لا يتجزأ بالاتفاق حموي وقوله في النهر لانه ملك قريبه على حذف مضاف والتقدير ملك شقص قريبه (قوله ولم يضمن الاب نصيب شريكه) لانعدام التعدي زيلعي واما ما علل به في البحر والنهر من ان الشريك رضي بافساد نصيبه بمشاركته فيما هو علة العتق ففيه نظر لاقتضائه ان عدم الضمان مشروط بما اذا علم الشريك انه ابنه مع انه لا فرق في ظاهر الرواية (قوله بان تزوج امة ابن عمه الخ) وتصور أيضا بما اذا ماتت زوجته وقد كانت ملكت ابنه من غيرها ولها أخ فورثها الزوج وهو أبو الولد مع الاخ شيخنا عن الشوبري (قوله وسواء علم الآخر

والمسئلة بحالها (لم يعتق واحد) منهما اجماعا (ولو ملك ابنه مع) رجل (آخر عتق حظه) أي نصيبه (ولم يضمن الاب نصيب شريكه (ولشريكه ان يعتق أو يستسعى) وهذا مطلق سواء كان التمليك بارث بان تزوج امة ابن عمه فولدت ولدا ثم مات سيدها فورثه زوجها وابن عم آخر له فالولد يعتق على أبيه ولا يضمن لشريكه أو بشراء أو بهبة أو بوصية أو بصدقة وسواء كان الاب موسرا أو معسرا وسواء علم الآخر

ابه

انه ابن شريكه أولم يعلم) لان سبب الرضا يتحقق من غير علم والحكم يدار على سببه لا على حقيقته لانه مبطن لا يمكن الوقوف عليه فصار بمنزلة شخص يقول لغيره كل هذا الطعام وهو طعام الآمر والآمر لا يعلم انه طعامه فان المأمور لا يضمن للآمر شيئا لانه اتلفه باذنه حتى لوقال المغصوب منه ذلك للغاصب وهو لا يعلم سقط الضمان عنه زيلعى (قوله وعندهما يضمن الأب فى غير الارث) وعلى هذا الخلاف لوحلف احدهما بعتق عبد ان ملك نصفه فملكه بهذه الاسباب لهما انه افسد نصيبه بالاعتاق لان مباشرة هذه الاسباب اعتاق له ولهذا يجتزئ به عن الكفارة بخلاف ما اذا ورثه لانه جبرى لا اختيار له فيه وله ان الشريك رضى بافساد نصيبه حيث شاركه فى علة العتق وهو مباشرة اسبابه زيلعى (قوله وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة) الذى فى الزيلعى وروى الحسن الى آخره والتوفيق ممكن برواية كل واعلم ان السيد الحموى نقل عن المفتاح ان الاعتماد على هذه الرواية (قوله أى للاجنبى ان يضمن الاب نصف قيمته) لانه لم يرض بفساد نصيبه وهذه المسئلة لم يشرحها الزيلعى واتفقوا فيها على الضمان واختلفوا فى الخيار حموى عن ابن الحلبى (قوله وان اشترى نصف ابنه ممن يملك كله لا يضمن لبائعه) لان البائع شاركه فى العلة وهو البيع زيلعى (قوله فللشريك حق التضمين اجماعا) زيلعى وعينى ويخالفه ما فى النهر حيث قال قيد بكون البائع يملك كله لانه لو اشترى نصفه من احد الشريكين فلا ضمان عليه اجماعا ثم راجعت البحر فرأيت ما فى النهر مخالفا له أيضا ونصه قيد بكونه ممن يملك لانه لو اشترى نصف ابنه من احد الشريكين وهو موسر فانه يلزم المشترى الضمان بالاجماع للشريك الذى لم يبع ولا يضمن للبائع شيئا لان الشريك الذى لم يبع لم يشاركه فى العلة فلا يبطل حقه بفعل غيره الخ وتزول المخالفة بكون المراد من قوله فلا ضمان عليه اجماعا أى للبائع (قوله لموسرين) ليس بقيد لان الاعتبار بيسار المدبر والمعتق بحر (قوله دبره واحد منهم أولا) فيه ايماء الى ان الواو من قوله وحرره آخر بمعنى ثم درر ولو كان بين اثنين والمسئلة بحالها كان للمدبران يضمن المعتق ثلثه مدبرا ولو كان العتق أولا والتدبير ثانيا كان للمدبران يستسعيه لاختياره بالتدبير ترك الضمان ولولم يعلم ايهما أولا أو صدرا معا كان للمدبر تضمين المعتق ربع القيمة ويرجع بها على العبد أو استسعاء العبد فى ذلك وهذا عند الامام وقالا العتق أولى فى الكل فان كان المعتق موسرا ضمن للمدبر والا سعى العبد فى نصيبه نهر عن المحيط وتبعه الحموى فى شرحه وقوله ولو كان بين اثنين الخ لا وجه لما ذكره من قوله للمدبران يضمن المعتق ثلثه مدبرا ثم ظهر انه تبع فيما ذكره صاحب البحر مع انه فى البحر ذكره على وجه البحث زاعما استفادة ذلك من المتن والصواب ان يقال للمدبر ان يضمن المعتق نصفه مدبرا أو ثلثه قنا وسيأتى قوله ولو كان حرره احدهما ثم دبره الآخر فللمدبران يستسعى العبد فى نصف قيمته مدبرا يشهد للتصويب وقوله أو استسعاء العبد فى ذلك خلاف الصواب والصواب الموافق لما فى البحران يقال أو استسعاء العبد فى ربع القيمة (قوله ضمن الساكت المدبر ثلث قيمته قنا) ورجع به على العبد ان شاء شرنبلالية عن الكمال (قوله وليس له ان يضمن المعتق) لان الاصل فى الضمان ان يكون ضمان معاوضة وهذا انما يتحقق فى تضمين المدبر لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير لكونه قنا عند ذلك ولا يمكن ذلك فى الاعتاق لاجل التدبير لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك فكان الضمان فيه ضمان اتلاف زيلعى ونهر لان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الاتلاف والافساد عليه نوح افندى (قوله ثلثه مدبرا) لانه افسد نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقدر المتلف زيلعى (قوله لا ما ضمن المدبر وهو ثلث قيمته قنا) لان ملك المدبر ثبت مستندا الى وقت اداء الضمان الى الساكت وهو ثابت من وجه دون وجه لان وقت التدبير لم يكن مالكا نصيب الساكت فلا يظهر فى حق التضمين وان ظهر فى حق الاستسعاء لقيامه مقام الساكت فى حقه زيلعى مع زيادة لشيخنا توضيحه ان قيمة العبد اذا كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فالساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة لان قيمة المدبر ثلثا قيمة

انه ابن شريكه اولم يعلم عند أبي حنيفة وعندهما يضمن الاب فى غير الارث نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن فى نصف قيمته لشريك أبيه وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه ان لم يعلم فله ان يضمن اباه (وان اشترى نصفه اجنبي) اولا (ثم) اشترى (الاب ما بقى) من ابنه وهو موسر (فله) أى للاجنبى (ان يضمن الاب) نصف قيمته (او يستسعى) الابن فى نصف قيمته وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لا اختيار له وضمن الاب نصف قيمته (وان اشترى نصف ابنه ممن يملك كله لا يضمن لبائعه) مطلقا سواء كان موسرا أو معسرا عند أبي حنيفة وعندهما يضمن ان كان موسرا وانما قيد بقوله ممن يملك كله لانه لو كان مشتركا بين اثنين فباع احدهما نصيبه من أبيه وهو موسر فللشريك حق التضمين اجماعا (عبد) مشترك (لموسرين) بكسر الراء (دبره واحد) منهم أولا وهو موسر (وحرره آخر) وهو موسر (ضمن) الشريك (الساكت المدبر) ثلث قيمته قنا وليس له ان يضمن المعتق (والمدبر) يضمن (المعتق ثلثه) حال كونه (مدبرا لا ما ضمن) المدبر وهو ثلث قيمته قنا هذا عند ابي حنيفه

القن فبالتدبير تلفت منه تسعة وكان الاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر وهى ثلثا قيمة القن وهى ثمانية عشر وثلثها ستة فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التى هى نصيب الساكت مع تلك الستة التى يضمنها اياها در ر ولو ضمن الساكت المدبر قبل ان يعتقه الآخر ثم اعتقه كان للمدبر ان يضمن المعتق ثلثى قيمته لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت زيلعى وفيه اجمال يعلم مما ذكره فى النهر حيث قال قيد بكون الساكت اختار تضمين المدبر بعد تحرير الآخر لانه لو ضمنه قبل تحريره ثم حرره كان للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته قنا مع قيمة ثلثه مدبرا الخ ووجه كون قيمة المدبر على الثلثين من قيمة القن ان له الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا ان الوجه يخص المدبرة دون المدبر شرنبلالية عن الكمال وجوابه كما فى البحر ان الاستخدام هو المنظور اليه الشامل للعبد والجارية والوطء من الاستخدام فالباقى فى المدبر شيئان الاستخدام والسعاية والفائت البدل الخ واعلم ان الصدر الشهيد اختلف عنه النقل ففى الشرنبلالية عن الكمال عزا للصدر الشهيد الميل الى القول بأن قيمة المدبر على الثلثين من قيمة القن والمولى الوانى عزا اليه الميل الى القول بأنها على النصف معللا بأنه ينتفع بعين المملوك وببدله أى ثمنه وبقى الاول فى المدبر دون الثانى انتهى (قوله وعندهما العبد كله مدبر الخ) والخلاف مبنى على ان التدبير يتجزأ عنده كالاعتاق لانه شعبة من شعبه ولا يتجزأ عندهما نهر (قوله موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان تملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان جناية وافساد (قوله واعلم ان الولاء بينهما اثلاثا) هذا على قول أبى حنيفة واما على قول الصاحبين فالولاء كله للمدبر كما فى الهداية وقد أهمل الشراح التنبيه على ذلك (قوله ثلثاه للمدبر) فى النهاية وغاية البيان ان الولاء بين عصبة المدبر والمعتق اثلاثا لان العتق لا يثبت للمدبر الا بعد موته ولاه وهذا غلط كما فى البحر عن الفتح لان العتق المنجز يوجب اخراجه الى الحرية بتخيير أحد الامور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدبر حين وجوده كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودبره الآخر الساكت فانه لا تتأخر حريته باقيه الى موته الخ (قوله وثلثه للمعتق) لا يقال اذا كان المدبر يملك نصيب الساكت بالضمان وجب ان يملك المعتق نصيب المدبر بالضمان فوجب ان يكون له الثلثان من الولاء وللمدبر الثلث لانا نقول ضمان المعتق نصيب المدبر ضمان جناية لا ضمان معاوضة لان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك بسائر الاسباب فكذا بالضمان فلم يملكه بخلاف نصيب الساكت حيث يملكه المدبر بالضمان لان الملك فيه يستند الى وقت التعدى وهو وقت التدبير ونصيب الساكت فى ذلك الوقت يقبل الانتقال من ملك الى ملك فافترقا زيلعى (قوله وقيل يضمن المدبر المعتق نصف قيمته قنا) سقط مضاف هو ثلث نصف قيمته قنا لا يستقيم الكلام بدونه وهذا القيل يبتنى على القول بأن قيمة المدبر على النصف من قيمة القن وسيأتى فى باب التدبير انه الصحيح شيخنا (قوله وتتوقف يوما) لانه لما لم يصدقه انقلب اقراره عليه فصار كأنه استولدها أو أقر بالاستيلاد على نفسه وما فى الزيلعى من قوله فصار كأنه استولدها المنكر صوابه المقر وقيد المصنف بقوله أم ولدك لانه لو شهد أحد الشريكين على صاحبه بالاعتاق وأنكر صاحبه ينفذ على المقر حموى عن المفتاح (قوله وتكتسب) عبارة المختلف فى باب محمد نفقتها فى كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ولم يذكر خلافا فى النفقة وقال غيره نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهذا الائق بقول أبى حنيفة وينبغى على قول محمد ان لا نفقة لها عليه أصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس وأما جناياتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية ممن جنى عليها وعلى قول أبى حنيفة جناياتها موقوفة الى تصديق أحدهما صاحبه شرنبلالية عن الفتح وفى النهر والجناية عليها موقوفة فى نصيب المقر دون المنكر فيأخذ نصف الارش وأما جناياتها فالصحيح انها موقوفة فى حقها لانه تعذر ايجابها فى نصيب المنكر لعجزه عن دفعها

وعندهما العبد كله مدبر للمدبر والاعتاق باطل وضمن المدبر ثلثى قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا واعلم ان الولاء بينهما اثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق وقيل يضمن المدبر المعتق نصف قيمته قنا واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى (ولو قال) آخر (الشريك هى أم ولدك وأنكر) الشريك (تخدمه) أى الجارية المنكر (يوما وتتوقف يوما) وتكتسب وتنفق على نفسها

بالجناية

بالجناية من غير صنع منه فلا تلزمه الفدية فوجب التوقف فى نصيبه ضرورة كالمقر بخلاف الجناية عليها لانه أمكن دفع نصف الارش الى المنكر الخ وقوله ضرورة كالمقر زيادة منه على مافى البحر (قوله ولاسعاية عليها للمنكر) لان استدامة ملكه ممكن بان تخدمه يوما ولا يصار الى السعاية الا عند تعذر الاستدامة بخلاف أم ولد النصرانى اذا أسلمت لانه لا يمكن استدامة الملك فيها فتعينت السعاية زيلعى (قوله ولا سبيل للمقر عليها) فليس له استسعاؤها ولا استخدامها قال الزيلعى ولاسعاية عليها للمقر لانه يدعى الضمان على شريكه بدعوى التملك عليه دون السعاية وكذا ليس له ان يستخدمها لانه تبرأ منه بدعوى انتقالها الى شريكه (قوله وقال أبو يوسف ومحمد ليس للمنكر ان يستخدمها) لانه لما أنكر نفذ الاقرار على المقر فصار كان المقر استولدها أو أقر بأنه استولدها وهو فى ذلك لا يستخدمها فكذا هذا فاذا بطل الاستخدام وصارت ماليتها محبوسة عندها وجب عليها السعاية لانها هى التى تنتفع بذلك فاذا أدت نصف قيمتها الى المنكر عتقت كلها لان العتق لا يتجزأ عندهما زيلعى (قوله فلا يضمن أحد الشريكين باعتاقها) تفريع على ما مهده يعنى اذا كان بينهما أمة ادعى كل منهما انها أم ولده فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند الامام وهو قول الجمهور ومن فوائد الخلاف انها لو ولدت ولدا فادعاه أحدهما ثبت نسبه ولا شئ عليه لشريكه ولا سعاية على الولد عنده لان ولد أم الولد كأمه وعندهما يضمن نصف قيمته ان كان موسرا او يسعى الولد فى نصف قيمته ان كان معسرا نهاية وعناية ونظر فيه الزيلعى بأن النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يعلق شئ منه على ملك الشريك ذكره فى الهداية فى الاستيلاد فى القنة فضلا عن أم الولد فكيف يتصور ان يكون سقوط الضمان لاجل أنه كامه عنده وعندهما يضمن وهو الاصل ولو كان مكان الدعوة اعتاق لاستقام وأجاب فى البحر بالفرق بينهما لان الاستناد فى القنة ممكن لقبولها النقل من ملك الى ملك ولا يمكن فى أم الولد لعدم قبولها اياه فكان فى نصيبه كالاجنبى وولد أم الولد من الاجنبى كأمه ومنها اذا غصبها غاصب فهلكت عنده لا يضمن عنده وعندهما يضمن وذكر محمد فى الرقيات ان أم الولد تضمن بالغصب عند أبى حنيفة كالصبى الحر حتى لو ماتت حتف انفها لم يضمن ولو قربها الى مسبعة فافترسها السبع يضمن لان هذا ضمان جناية لا ضمان غصب ولهذا يضمن الصبى الحر بمثله زيلعى والرقيات نسبة للرقة بالفتح والتشديد مدينة على الفرات كما فى اللب انتهى (تتمة) ولدت أمة مدبرة مشتركة بين رجلين ولدا فادعاه أحدهما يصير نصفها أم ولد ونصفها مدبرة لشريكه حتى لو ماتا يعتق نصف الشريك من الثلث ونصف الآخر من الجملة و ولاء الولد بينهما وفى رواية كتاب الولاء الولاء للثانى وليس للاب عليه ولاء وعليه قيمة نصف الولد مدبرا يوم ولد كذا ذكره عزمى زاده عن شمس الائمة البيهقى قلت ماذكره أولا من كون الولاء على الولد بينهما ظاهر علم وجهه من الفرق الذى سبق عن صاحب البحر وهو ان المدبرة كأم الولد فى عدم قبول النقل من ملك الى ملك فلا يمكن الاستناد فى النسب فكان فى نصيبه كالاجنبى وولد المدبرة من الاجنبى كأمه وأما ماذكره ثانيا من قوله وفى رواية كتاب الولاء الولاء للثانى وليس للاب عليه ولاء فلم يظهر لى وجهه فلينظر (قوله وعندهما لها قيمة) لانه ينتفع بها وطئا واجارة واستخداما لان حق الحرية لا ينافى التقوم كالمدبر ولهذا اذا أسلمت أم ولد النصرانى تسعى ولابى حنيفة قوله عليه السلام أعتقها ولدها وقضيته الحرية وزوال التقوم لكنه تقاعد عن افادة الحرية لمعارض وهو قوله عليه السلام أيما أمة ولدت من سيدها فهى معتقة عن دبر منه أو قال من بعده ولا معارض له فى زوال التقوم فيثبت بخلاف المدبر لان الاصل فيه ان ينعقد السبب بعد الموت اذ التعليقات ليست باسباب فى الحال وانما تصير اسبابا عند وجود الشرط وانما قضينا بانعقاد السبب فى الحال ضرورة فظهر أثر الانعقاد فى حرمة البيع خاصة والنصرانى يعتقد تقومها وقد أمرنا بتركه وما يدين كبيع الخمر والخنزير ولانا حكمنا بتكاتبها عليه دفعا للضرر عنهما اذ لا يمكن بقاؤها مملوكة له ولا اخراجها مجانا ووجوب بدل الكتابة لا يحتاج فيه الى التقوم وجواز الانتفاع بها من لوازم الملك ولا كلام فيه ولان التقوم

ولاسعاية عليها للمنكر ولا سبيل للمقر عليها وقال ابو يوسف ومحمد ليس للمنكر ان يستخدمها وله ان يستسعيها فى نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل لاحد عليها وذكر فى الاصل رجوع أبى يوسف الى قول أبى حنيفة وانما قيد بقوله وأنكر لانه لو أقر ضمن لشريكه نصف قيمتها (وما لام ولد تقوم فلا يضمن) أحد الشريكين باعتاقها هذا عند أبى حنيفة وعندهما مالها قيمة ولكن قيمتها

بالاحراز على قصد التمول ولما استولدها تحولت صفتها الى ملك مجرد فصارت محرزة للنسب لا للتمول زيلعي ونهر (قوله ثلث قيمتها قنة) لانه بالاستيلاد فات منفعة البيع والسعاية و بقى منفعة الاستخدام والوطء منه بخلاف المدبر فان الفائت فيه منفعة البيع فقط لوجوب السعاية عليه بعد موت المولى اذا لم يخرج من الثلث (قوله له أعبد) جمع عبد وهو أحد ثلاثة وعشرين جمعا حموى ومنه يعلم ان ماذكره ابن مالك من قوله

عباد عبيد جمع عبد وأعبد * أعابد معبوداء معبدة عبد
كذلك عبدان عبدان اثبتن * كذاك العبدا وامدد ان شئت ان تمد

ليس مستوفيا لجموعه وأشار الشارح حيث أقحم لفظ ثلاثة الى ان الكلام على حذف مضاف وتقديره له ثلاثة أعبد فحذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه وفى كلام المصنف ايماء الى انه لا فرق فى الحكم بين ان تكون قيمة الاعبد متساوية أم لا أخذا من اطلاقه ومافى الدرر من تقييده بذلك تعقبه فى الشرنبلالية بأنه ليس هذا القيد لازما حكما انتهى فلوأبقى السيد الحموى المسئلة على اطلاقها غير مقيد لها بما اذا استوت قيمهم لكان أولى (قوله فى حال الصحة) بدليل قوله ولو فى المرض الخ حموى عن المفتاح (قوله أحدكما حر فخرج واحد ودخل آخر الخ) ولو طلق كذلك قبل وطء سقط ربع مهر من خرجت وثلاثة أثمان من ثبتت وثمن من دخلت يعنى اذا كان له ثلاث زوجات طلقهن قبل الوطء على الوجه المذكور فبالايجاب الاول سقط نصف مهر الواحدة منصفا بين الخارجة والثابتة فيسقط ربع مهر كل واحدة ثم بالايجاب الثانى سقط الربع منصفا بين الثابتة والداخلة فأصاب كل واحدة الثمن فسقط ثلاثة أثمان مهر الثابتة بالايجابين وسقط ثمن مهر الداخلة وانما فرضت المسئلة فى الطلاق قبل الوطء ليكون الايجاب الاول موجبا للبينونة فما أصاب الايجاب الاول لا يبقى محلا للايجاب الثانى فيصير فى هذا المعنى كالعتق درر ولا فرق فيه بين ان يكون مهرهن على السواء أم لا خلافا لظاهر تقييده فى الدرر بالمساواة ولهذا قال فى الشرنبلاليه الكلام عليه كالكلام على قيمة العبيد فيما تقدم انتهى وأما الميراث لهن من ربع أوثمن فللداخلة نصفه لانه لا يزاحمها الا الثابتة والنصف الآخر بين الخارجة والثابتة نصفان لعدم المرجح وعلى كل منهن عدة الوفاة احتياطا لا عدة الطلاق لعدم الدخول تنوير وشرحه فان قلت قياس مذهب الامام وأبى يوسف ان يسقط من مهر الداخلة ربعه وماسبق من سقوط ثمنه انما يلائم قول محمد ولهذا احتج محمد عليهما وألزمهما المناقضة كما فى الشرنبلالية قائلا والجواب عنها فى الفتح انتهى قلت أشار الزيلعي الى الجواب عن هذا حيث قال واما مسئلة الطلاق فقيل هو قول محمد واما على قولهما فلها ثلاثة أرباع مهرها ويسقط الربع الى آخره وهذا جواب بالمنع وله جواب آخر على فرض تسليم ان يكون ماذكر من سقوط ثمن المهر قول الكل يظهر به الفرق بين مسئلة العتق والطلاق فارجع اليه ان شئت (قوله بلا بيان) من عناه بالعتق أولا وثانيا قيد به بأن لم يخاصمه العبد فيه لانه لو بين شيئا عمل به أو خاصمه أجبر عليه فان بين الايجاب الاول فى الثابت بطل الثانى وان بينه فى الخارج أمر ببيان الثانى ولو بدأبه و بينه فى الداخل طولب ببيان الاول فان بينه فى الثابت او الخارج عمل به ولو قال عنيت بالثانى الثابت عتق وتعين الخارج بالايجاب الاول نهر (قوله عتق ثلاثة أرباع الثابت) وهو الذى أعيد عليه القول زيلعي وفى قوله عتق مسامحة فان العتق لا يتجزأ بلا خلاف ويمكن ان يجاب عنه بما يأتى من جواب تجزئ الاعتاق حموى عن القهستانى ومحصل الجواب انه تسمح حيث عبر عن الاعتاق بالعتق (قوله ونصف كل من الآخرين) لان الايجاب الاول دائر بين الخارج والثابت فيتنصف كله بينهما ثم الايجاب الثانى دائر بين الثابت والداخل فيتنصف بينهما فالنصف الذى أصاب الثابت مشاع فما أصاب النصف الذى عتق بالايجاب الاول لغا وما صاب النصف الفارغ وهو الربع بقى فعتق منه ثلاثة أرباعه وأما الداخل فعتق منه ربعه عند محمد لان هذا الايجاب لما

ثلث قيمتها قنة ويضمن لشريكه
سدس قيمتها قنة ولا سعاية عليها
ان مات أحدهما عنده خلافا لهما
فان جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت
نسبه منه بالدعوة وعتق ولم يضمن
لشريكه شيئا من قيمته ولا سعاية
عليه عنده وعندهما يضمن نصيب
شريكه ان كان موسرا ويسعى له الولد
ان كان معسرا رجل (له) ثلاثة
(اعبد) دخل عليه اثنان (فقال لاثنين)
فى حال الصحة (أحدكما حر فخرج) من
عنده (واحد) منهما (ودخل آخر)
وهو الثالث (وكرر) قوله وهو أحدكما
حر (ومات) المولى (بلا بيان عتق
ثلاثة أرباع) العبد (الثابت ونصف
كل من الآخرين) وقال محمد يعتق
ربع الداخل (ولو) كان القول
(فى المرض) أى مرض موته فان كان
له مال يخرج قدر العتق من الثلث
وذلك رقبة وثلاثة ارباع رقبة عندهما
وعند محمد رقبة ونصف رقبة او لم يخرج
ولكن اجازه الورثة فالجواب كما ذكرنا
وان لم يكن له مال سوى العبيد ولم تجز
الورثة

أوجب عتق الربع من الثابت أوجبه من الداخل أيضا لتنصيفه بينهما وهما يقولان المانع من عتق النصف يختص بالثابت ولا مانع في الداخل فيعتق نصفه درر (قوله قسم الثلث على هذا) قال الكمال ولا يخفى ان الحاصل للورثة لا يختلف انتهى يعني بحسب جعل سهام العتق ستة أو سبعة شرنبلالية (قوله فبلغت سهام العتق سبعة) يعني بطريق العول لا يقال الاربعة لا تعول لانا نقول ذلك في قسمة التركات لانه لا يجتمع فيها نصفان وربع حموى (قوله ويسعى في أربعة) فصار ثلاثة أرباع الثابت الى ثلاثة أسباعه وذلك أقل من نصفه بنصف سبع نهر (قوله ومن الداخل سهم) وهو سدسه نهر (قوله ولا يسعى في شئ آخر وامن الثلث أولا) لاخفاء ان تعميمهم نفي السعاية انما يتفرع على اعتبار صدور ماسبق من قوله لاعبده أحدكما حر في صحته دون مرضه لما سيأتي في كتاب الوصايا ان العتق في المرض وصية ومحل نفاذها الثلث شيخنا (قوله عند أبي يوسف ومحمد) هذا في النهر من قوله واستشكل قول الثاني بعتق النصف وقوله بعتق ثلاثة الارباع مع قولهما بعدم تجزئ العتق فيه نظر لقصره الاستشكال على قول الثاني فاقتضى ان قول محمد غيره ستشكل وليس كذلك (قوله لانه حينئذ ثبت ضرورة) ردّه بعض الطلبة بمنع الضرورة للانقسام لان الواقع ان كل من عتق منه البعض الذي ذكر لا يقر في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله حرا فيمكن ان نقول بعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى في ذلك القدر فيتحد الحاصل على قولهما وقول أبي حنيفة غير انهم مستسعون وهم عبيد وعندهما مستسعون وهم أحرار والحاصل ان الضرورة أوجبت ان لا يعتق جميع واحد مجانا الا ان يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقي الى اداء السعاية وورد عليه بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم ان يكون موجب قوله أحدكما حر اعتاق الاثنين وهو باطل وقد يدفع عنه بمنع كون الموجب ذلك بل عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من كل واحد منهما للضرورة التي اقتضت توزيعه نهر عن الفتح (قوله والبيع الخ) والايصاء والاجارة والتزويج والعرض على البيع والرهن كالبيع لان هذه التصرفات لا تصح الا في الملك لا يقال الاجارة لا تختص بالملك لجواز اجارة الحر لانا نقول الاستبداد باجارة الاعيان على وجه يستحق الاجر لا يكون الا بالملك وهكذا نقول في الانكاح ولا فرق بين ان يكون العتق المبهم مطلقا أو معلقا حتى تكون هذه التصرفات بيانا فيهما حتى اذا قال لعبديه اذا جاء غد فأحدكما حر فتصرف في أحدهما شيئا من هذه التصرفات ثم جاء الغد عتق الآخر زيلعي وفرقوا في المعلق بين البيان الحكمي والصريح بان الحكمي قد علمت انه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت ان يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لانه اختيار قبل وقته والمراد بالبيع بيع أحدهما أما لو باعهما لم يكن بيانا لبطلان البيع لان أحدهما حر بيقين نهر (قوله وسواء مع القبض أو بدونه) يعني في الصحيح والفاسد حموى أما عدم اشتراط القبض في الصحيح فمما لا خلاف فيه وأما عدم اشتراطه في الفاسد أيضا فعلى الصحيح شرنبلالية عن الفتح (قوله أو مشروطا بشرط الخيار) يعني أو بدونه حموى (قوله والموت) أي موت أحدهما ولو بالقتل من المولى أو من أجنبي واذا أخذ المولى القيمة منه فبين العتق في المقتول عتقا وكانت لورثته وينبغي ان يكون قتل العبد نفسه كذلك واحترز به عن قطع اليد فانه لا يكون بيانا غير ان المولى لو بين العتق فيه فالارش له فيما ذكره القدوري وقال الاسبيجابي للمجني عليه نهر (قوله والتدبير) والكتابة وتعليق عتق أحدهما بالشرط كالتدبير زيلعي واطلاق التدبير يدخل المقيد أيضا لان فيه تعليق العتق ولم يذكر الاستيلاد مع انه كذلك لانه مفهوم بالاولى نهر (قوله والتحرير) أي انشاؤه حتى لو ادّعى انه عنى بقوله أعتقتك ما لزمه بقوله أحدكما حر صدق قضاء ولو لم يقل شيئا عتقا واطلاقه يعم المنجز والمعلق كقوله لاحدهما ان دخلت الدار فأنت حر نهر (قوله والهبة) وكذا الصدقة ولو بدون القبض وما في الهداية من ذكر القبض في جانب الهبة والصدقة وجرى عليه في الدرر وقع اتفاقا زيلعي عن الكافي (قوله في العتق المبهم) وفي الاختيار لو قال أحدكما حر فقيل ايهما نويت فقال لم أعن هذا عتق الآخر

(قسم الثلث) من العبيد بينهم (على هذا) بقدر سهامهم كما ذكرنا بيانه ان نقول حق الخارج في النصف وحق الثابت في الثلاثة الارباع وحق الداخل عندهما في النصف ايضا فنحتاج الى مخرج له نصف وربع وأقله اربعة فحق الخارج في سهمين وحق الثابت في ثلاثة وحق الداخل في سهمين فبلغت سهام العتق سبعة فيجعل ثلث المال سبعة لان العتق في المرض وصية ومحل نفاذها الثلث واذا صار ثلث المال سبعة صار ثلثا المال أربعة عشر وهي سهام السعاية وصار جميع المال احدا وعشرين وماله ثلاثة أعبد فيصير كل عبد سبعة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة ويعتق من الداخل سهمان ويسعى في خمسة ويعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في أربعة فبلغت سهام الوصية سبعة وسهام السعاية اربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان وعند محمد حق الداخل في سهم فكان سهام العتق عنده ستة وتجعل كل رقبة ستة وسهام السعاية اثني عشر وجميع المال ثمانية عشر فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة ومن الخارج سهمان ويسعى في اربعة ومن الداخل سهم فيسعى في خمسة فان قيل ينبغي ان يعتق كل واحد منهم ولا يسعى في شئ آخر وامن الثلث اولا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فاذا ثبت في بعضه ثبت في كله قلنا الاعتاق عندهما لا يتجزأ اذا صادف محلا معلوما اما اذا ثبت بطريق التوزيع باعتبار الاحوال فلا لانه حينئذ ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يعدو موضعها (والبيع) مطلقا سواء كان صحيحا أو فاسدا وسواء مع القبض أو بدونه او مشروطا بشرط الخيار (والموت والتدبير والتحرير) والهبة (بيان في العتق المبهم

لاالوطء) بدون العلوق وعندهما يتعين بالوطء (وهو) أى الوطء (والموت بيان فى الطلاق المبهم) صورته اذا قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما أووطئ احداهما قبل البيان صاربيانا بالاجماع فطلقت الثانية (ولو قال) لامته (ان كان أوّل ولد تلدينه ذكرا فأنت حرّة فولدت ذكرا وأنثى ولم يدر الاوّل رق الذكر) أى يبقى رقيقا (وعتق نصف الام و) نصف (الانثى) هذه المسئلة على وجوه أحدها ان يوجد التصادق بعدم العلم بالمولود أوّلا والجواب ماذكرنا والثانى ان تدعى الام ان الغلام أوّل وأنكر المولى ذلك وقال البنت هى الاوّل والبنت صغيرة فالقول للمولى مع يمينه ويحلف على عدم علمه فان حلف لم يعتق أحدمنهما لاان تقيم الام البينة بعدذلك على انها ولدت الغلام أوّلا وان نكل عتقت البنت والام والثالث ان يوجد التصادق بأولية الغلام فتعتق الام والبنت ويرق الغلام لانه لاحظ له من العتق بحال والرابع ان يوجد التصادق بأولية البنت فلم يعتق أحد والخامس أن تدعى الام أولية الغلام ولم تدع البنت شيئا وهى كبيرة فان المولى يحلف فان حلف لم يثبت شئ وان نكل عتقت الام دون البنت والسادس ان تدعى البنت وهى كبيرة أولية الغلام دون الام فتعتق البنت دون الام (ولو شهدا) على رجل (انه حرّر أحد عبديه) بغير عينه أوشهد انه أعتق عبده ولم يدع العبد (أو) أنه حرّر احدى (أمتيه) بغير عين (لغت) الشهادة عند أبى حنيفة وان لم تكن الدعوى شرطا فى عتق الامة عنده وعندهما تقبل شهادتهما فيجبر المولى على البيان

فاذا قال بعد ذلك لم أعن هذا عتق الاوّل أيضا وكذلك طلاق احدى المرأتين بخلاف مالوقال لاحدهما لى على ألف فقيل له هو هذا فقال لا لايجب للآخر شئ والفرق ان التعيين فى الطلاق والعتاق واجب عليه فاذا نفاه عن أحدهما تعين الآخر اقامة للواجب أما الاقرار فلايجب عليه البيان فيه لان الاقرار للمجهول لايلزم حتى لايجبر عليه فلم يكن نفى أحدهما تعيينا للآخر نهر (قوله لاالوطء بدون العلوق) مقتضاه انه مع العلوق يكون بيانا بالاتفاق وبه صرح البرجندى وصاحب المفتاح حموى (قوله وعندهما يتعين بالوطء) مطلقا ولوغير معلق وبه يفتى شرنبلالية عن البرهان والحاصل ان الراجح قولهما وانه لايفتى بقول الامام كما فى الهداية وغيرها لما فيه من ترك الاحتياط مع ان الامام ناظر الى الاحتياط فى أكثر المسائل بحر وجه مذهب الصاحبين ان الوطء لايحل الا فى الملك فصار الاقدام عليه دليل الاستبقاء كما اذا وطئ احدى المرأتين فى الطلاق المبهم وله ان الملك ثابت فيهما ولهذا كان له ان يستخدمهما وكان له الارش اذا جنى عليهما والمهر اذا وطئتا بشبهة لان العتق المبهم معلق بالبيان والمعلق بالشرط لاينزل قبله بخلاف وطء احدى الزوجتين لان المقصود منه الولد فيكون دليلا على الاستبقاء أما وطء الامة فلقضاء الشهوة لا لطلب الولد فلا يراد به الاستبقاء فصار كالاستخدام زيلعى وهل يثبت البيان فى الطلاق المبهم بالمقدمات ففى الزيادات لايثبت وقال الكرخى التقبيل كالوطء ولوطلق احداهما ينبغى ان لايكون بيانا نهر عن البحر والعجب من صاحب الدر المختار حيث جزم بان الطلاق لايكون بيانا ثم قال وهل التهديد بالطلاق كالطلاق كالعرض على البيع لم أره انتهى (قوله بيان فى الطلاق المبهم) ولابد ان يكون الطلاق بائنا أوقبل الدخول شرنبلالية عن الفتح أما لوكان رجعيا لايكون الوطء بيانا لطلاق الاخرى لحل وطء المطلقة الرجعية بحر قيد بالطلاق لان الموت لايكون بيانا فى الاخبار اتفاقا فلوقال لغلامين أحدكما ابنى أوقال لجاريتين احداكما أم ولدى فمات أحدهما لايتعين الباقى للعتق ولا للاستيلاد لان الاخبار يصح فى الحى والميت بخلاف الانشاء حيث لايصح الا فى الحى تنوير وشرحه بقليل زيادة (قوله رق الذكر وعتق نصف الام والانثى) لان كلا من الام والبنت تعتق فى حال وهو مااذا ولدت الغلام أوّلا الام بالشرط والبنت بتبعيتها لكونها حرة حين ولدتها وترق فى حال وهو مااذا ولدت البنت أوّلا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى فى النصف وأما الابن فيرق فى الحالين درر لان ولادته شرط الحرية الام فتعتق بعد ولادته فلا يتبعها زيلعى (قوله فالقول للمولى مع يمينه) لانه ينكر شرط العتق زيلعى (قوله ويحلف على عدم العلم) لانه فعل الغير زيلعى (قوله وان نكل عتقت البنت والام) لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لانها نفع محض ولها عليها ولاية لاسيما اذا لم يعرف لها أب بخلاف ما اذا كانت كبيرة زيلعى (قوله وان نكل عتقت الام دون البنت) لان النكول حجة ضرورية فلايتعدى ولاضرورة فى غير المدعية هكذا قالوا وهذا يشير الى انها لوأقامت البينة يتعدى زيلعى (قوله والسادس الى قوله فتعتق البنت) يعنى اذا نكل زيلعى وقوله دون الام لما ذكرنا أى من ان النكول حجة ضرورية (قوله لغت الشهادة عند أبى حنيفة) أما الاولى فلان الشهادة على عتق العبد لاتقبل بلادعوى العبد عنده ولادعوى منه ههنا لكونه مجهولا واما الثانية فلان الدعوى وان لم تكن شرطا فى حق الامة لكن الشهادة على العتق المبهم مردودة كما فى أحد العبدين درر (قوله وان لم تكن الدعوى شرطا فى عتق الامة) ذكر فى الاشباه من كتاب القضاء ان ماتقبل فيه الشهادة حسبة بلادعوى ثمانية أشياء ذكرها فى منظومة ابن وهبان وهى الوقف وطلاق الزوجة وتعليق طلاقها وحرية الامة وتدبيرها والخلع وهلال رمضان والنسب قال وزدت خمسة حد الزنا وحد الشرب والايلاء والظهار وحرمة المصاهرة والمراد بالوقف الشهادة بأصله لابريعه انتهى (قوله وعندهما تقبل) والخلاف مبنى على ان العتق من حقوق العباد عنده فتتوقف الشهادة على دعوى العبد لافرق فى ذلك بين الحرية الطارئة أو الاصلية فى الاصح ولاتحقق لها من المملوك فلغت ومن حقوق الله تعالى عندهما فلم تتوقف وعتق الامة وان لم يتوقف على الدعوى اجماعا لما فيه

من تحريم فرجها على المولى وهو خالص حقه تعالى فأشبه الطلاق الا ان العتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما مرّ نهر (قوله الا أن تكون في وصية) استثناء متصل يعني لغت الشهادة في كل الاحوال الا في هاتين الحالتين وما في البحر من انه منقطع ففيه نظر نهر (قوله وجبر على البيان) هما في الزيلعي وتبعه العيني من قوله ولو شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على ان يطلق احداهن بالاجماع أي يجبر على ان يبين الطلاق المبهم في احداهن هذا هو المراد (قوله فان شهد انه أعتق أحد عبديه في مرض موته الخ) هذا شرح وبيان لقوله الا ان تكون في وصية (قوله والقياس ان لا تقبل) لجهالة المدعي وهو أحد العبدين مبهما در روعزمي زاده واعلم ان للاستحسان وجهين أحدهما ان العتق في المرض والتدبير مطلقا وصية والخصم فيها انما هو الموصي لانه حقه فكان مدعيا تقديرا وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث والثاني ان العتق بالموت شيع فيهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما فصار كل واحد خصما وفي كل من الوجهين كلام يعلم بمراجعة النهر (فروع) شهدا بعتق سالم ولم يعرفوه عتق ولو له عبدان كل اسمه سالم وجحد فلا كشهادتهما بعتقه لمعينة سماها فنسياسمها أو بطلاق احدى زوجتيه وسماها فنسياها لم تقبل للجهالة درعن الفتح

(باب الحلف بالعتق)

كذا في الهداية ووقع في بعض نسخ المتن الدخول مكان العتق أي الحلف بالعتق معلقا بالدخول وما هنا أولى لكونه أوضح والمراد كما في البحران يجعل العتق جزاء على الحلف بأن يعلق العتق بشيء قال في النهر ولما كان التعليق مؤخرا في السبب أخره وذكره التعليق بالولادة في معتق البعض لبيان أنه يعتق منه البعض عند عدم العلم انتهى (قوله وسكون اللام وكسر اللام) فيه وقوع الظاهر موقع الضمير من غير نكتة حموي (قوله القسم) هذا باعتبار معناه اللغوي لا باعتبار المراد هنا فان المراد به التعليق حموي (قوله ومن قال) الواو زائدة والاولى اسقاطها وليست استئنافية كما في القهستاني وقال العيني في شرح الهداية انه تلقى من أفواه الاساتذة ان هذه تسمى واو الاستفتاح حموي (قوله ان دخلت الدار الخ) يعني وهو من أهل التنجيز لما في البرهان لو قال عبد أو مكاتب ماساملكه حر فعتق فملك عبدا فهو قن عنده لان من ليس أهلا لتنجيز العتق ليس أهلا لتعليقه وحكما بعتقه لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده وقال الكمال في باب التدبير لو قال العبد او المكاتب اذا أعتقت فكل مملوك أملكه حر فعتق فملك مملوكا عتق بخلاف ما لو قال كل مملوك أملكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند أبي حنيفة وقالا يعتق انتهى فليتنبه له شرنبلالية فأشار بقوله فليتنبه له الى ان الفرق بين المسئلتين اللتين ذكرهما الكمال بعسر حيث قال الامام بالعتق في الاولى دون الثانية مع ان مقتضى ما ذكره في البرهان عدم العتق فيهما على ان ما علل به في البرهان مشكل أيضا لانه لا تعليق فيما ذكره أصلا الا ان يكون المراد اذا أعتقت فكل ما أملكه حر بقرينة ما ذكره من التعليل فما قيل من ان ما في تدبير فتح القدير مثل ما في البرهان غير سديد (تتمة) لا فرق بين كون التعليق بان او اذا او اذا ما او متى او متى ما ولا بين كونه منجزا او معلقا قدم الشرط او اخره نهر وفيه نظر اذ فرض الكلام في التعليق اللهم الا ان يراد بالمنجز المعلق بكائن حموي (فرع) قال لعبده ان لم تدخل اليوم الدار فانت حر فمضى اليوم فقال العبد لم أدخل وقال المولى دخلت كان القول للمولى وان كان الظاهر شاهدا للعبد حموي عن ابن الحلبي ووجه شهادة الظاهر للعبد ان الاصل عدم الدخول (قوله فهو حر) كذا في الهداية ولا حاجة الى تقدير لفظة فهو شرنبلالية (قوله عتق ما يملك بعده) سواء كان في ملكه او تجدد ملكه له نهر فأفاد ان كلام المصنف متناول لمن كان في ملكه قبل الحلف حيث بقي في ملكه الى وقت الدخول اذ قوله ما يملك أي من هو في ملكه بعد أعم من ان يكون

(الا ان تكون في وصية وطلاق مبهم) بأن شهدا انه طلق احدى نسائه تقبل الشهادة ويجبر على البيان اجماعا هنا اذا شهدا في صحته انه اعتق أحد عبديه فان شهدا انه اعتق أحد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته أو مرضه وادبا الشهادة في مرض موته او بعد موته تقبل استحسانا والقياس ان لا تقبل ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احد كما حر ولا نص فيه قال بعض مشايخنا لا تقبل والاصح انها تقبل

(باب الحلف بالعتق)

الحلف بالفتح وسكون اللام وكسر اللام القسم وبكسر الحاء وسكون اللام العهد (ومن قال ان دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ) أي يوم اذ دخلت الدار فهو (حر عتق ما يملك (به) أي بعده) أي بعد اليمين بالدخول مطلقا

الملك فيه ثابتا قبل الحلف او تجدد بعده وبه يستغنى عما ذكره السيد الحموى حيث قال أما ما ملكه قبله وبقى الى وقت الدخول فيعتق بالطريق الاولى انتهى لكن قال فى البحر ولو قال المصنف عتق ما هو مملوك له وقت الدخول لكان اظهر لان من كان فى ملكه وقت الحلف واستمر الى وقت الدخول لم يملكه بعد اليمين ملكا متجددا (قوله سواء كان ليلا ونهارا) لان اليوم أضيف الى الدخول وهو فعل لا يمتد فيراد به مطلق الوقت نهر وليس هذا بكلى حموى عن القهستانى (قوله لا يعتق الذى ملكه بعد اليمين) بل يقتصر على المملوك وقت التكلم فلو لم يكن فى ملكه شئ يوم حلف كانت اليمين لغوا نهر (قوله لا يتناول الحمل) لانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس لا الاعضاء وكذا لا يتناول المكاتب أيضا درر لانه ليس بمملوك مطلقا لانه مالك يدا قال فى البحر وقدمنا انه لا يدخل تحت لفظ العبد أيضا (قوله غيرك) انما قيد به لانه لو لم يقله دخلت الام فى لفظ كل مملوك فيعتق الحمل تبعا لامه وكذا لو قال كل مملوك لى حر وله حمل مملوك بطريق الوصية لا يعتق وكذا لا يعتق حمل أمته لو قال كل مملوك ذكر لى حر وان كان الحمل ذكرا والتقييد بالذكر للاحتراز عما لو أطلقه حيث تدخل الحامل فيه فيدخل الحمل تبعا فيعتق درر وقيد بالحمل لانه يتناول المرهون والمأذون والمؤجر من العبيد والاماء وأمهات الاولاد والمدبرين واولادهم ولا يدخل المكاتب ولا العبد المشترك ولا عبد عبد التاجر كالجنين الا بالنية وقال محمد يعتقون نواهم اولا وأما المديون فعند الامام لا يعتق ولا بالنية وقال الثانى يعتق بها وعند الثالث بدونها وفى المحيط المشترك لا يدخل تحت قوله ان ملكت مملوكا فهو حر الا اذا ملك النصف الآخر بعده ولو نوى الذكور فقط لم يصدق قضاء وان صدق ديانة بخلاف مماليكى كلهم أحرار ونوى الرجال فقط حيث لا يصدق فى الديانة أيضا والفرق كما فى النهر عن الفتح ان كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكى لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك فان الثابت فيه أصل العموم فقط فقبل التخصيص انتهى وقوله كالجنين أى كعدم دخول الجنين تحت لفظ المملوك يعنى ولم تكن امه فى ملكه بان اوصى له بالجنين فقط وما فى المجتبى من أنه لا يدخل العبد المرهون والمأذون فى التجارة سبق قلم بحر ولو قال لم أرد به المدبر فالمذكور فى أيمان الاصل انه لا يصدق ديانة وقضاء وذكر فى كتاب العتق انه يصدق ديانة لا قضاء وهو الصحيح حموى عن البرجندى (قوله فهو حر بعد غد) قد يجعله ظرفا للحر لانه لو جعله ظرفا للملك كما اذا قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له عتق من ملكه فى غد ومن كان فى ملكه قبل كذا فى البدائع وقصره الثانى على الاول وهو رواية ابن سماعة عن محمد وعلى هذا الخلاف اذا قال كل مملوك أملكه رأس شهر كذا فهو حر ورأس الشهر الليلة التى يهل فيها الهلال ومن الغد الى الليل للعرف نهر (قوله منذ حلف فقط) لان قوله كل مملوك لى للحال وكذا كل ما أملكه ولهذا يستعمل فيه بلا قرينة وفى الاستقبال بقرينة السين او سوف فينصرف مطلقه الى الحال درر لكونه الحقيقة الموضوع لها اللفظ (قوله لا من ملكه بعد اليمين) فلا يعتق ولا يصير مدبرا من ملكه بعد اليمين (قوله ولكن بموته عتق فى الثانية من ملك بعده من ثلثه) فالحاصل ان من كان فى ملكه وقت اليمين مدبر مطلق ومن ملك بعدها مدبر مقيد فيعتقان بموت المولى عند أبى حنيفة ومحمد وأفاد بقوله من ثلثه انهما ان خرجا من الثلث عتق جميع كل منهما وان ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وان كان على المولى دين مستغرق فانهما يسعيان فى جميع قيمتهما كما هو حكم المدبر بعد الموت بحر واعلم ان المراد بالاولى هى ما لو قال كل مملوك لى او أملكه فهو حر بعد غد والثانية هى ما لو قال كل مملوك لى او أملكه فهو حر بعد موتى ولما كان مقتضى قول المصنف يتناول من ملكه منذ حلف فقط عدم عتق المملوك بعد اليمين بموته أقحم الشارح لفظة الاستدراك (قوله أى كما عتق بعد الموت من كان وقت اليمين) يعنى من الثلث فان قلت حيث عتق كل من المملوك وقت الحلف والمملوك بعده بموت المولى من الثلث فلا فرق حينئذ بينهما فى الحكم قلت الفرق الذى أشار اليه المصنف بقوله يتناول من ملكه منذ حلف فقط هو جواز بيع المملوك

بعد

سواء كان ليلا ونهارا (ولو لم يقل يومئذ) والمسألة بحالها (لا) يعتق الذى ملكه بعد اليمين (والمملوك لا يتناول الحمل) مطلقا حتى لو قال لامته كل مملوك لى غيرك حر لم يعتق حملها (ولا فرق بين ان تلد لاقل من ستة اشهر او لاكثر ولو قال (كل مملوك لى او أملكه) فهو (حر بعد غد او بعد موتى يتناول من ملكه منذ حلف فقط) لا من ملكه بعد اليمين فيكون من ملكه فى المسئلة الاولى حرا وفى الثانية مدبرا (و) لكن (بموته عتق) فى الثانية (من ملك بعده) أى بعد اليمين (من ثلثه) أى ثلث ماله (أيضا) أى كما عتق بعد الموت من كان وقت اليمين

بعد الحلف قبل الموت لكونه مدبرا مقيدا بخلاف المملوك وقت الحلف حيث لا يجوز بيعه أصلا لكونه مدبرا مطلقا (قوله وقال أبو يوسف في النوادر الخ) لان اللفظ حقيقة للحال كما مر فلا يتناول ما سيملكه فان قلت يلزم على قولهما الجمع بين الحقيقة والمجاز او تعميم المشترك على ما اختلفوا في المضارع قلت هذا اذا كان بسبب واحد وأما باعتبار سببين مختلفين فلا يلزم ذلك فكلامه هذا ايجاب عتق وايصاء والايجاب لا يصح الا في الملك او مضافا الى سببه والايصاء لا يصح الا في الموجود عند الموت فبهذا الاعتبار صح هذا عيني وهذا أي عدم تناول الحلف من ملكه بعد اليمين اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فيتناول الكل لانه نوى التشديد على نفسه فيصدق زيلعي وأشار بقوله في النوادر الى ان ما ذكره من عدم عتق من ملكه بعد اليمين ليس هو الظاهر من مذهب أبي يوسف فقد نص في فتح القدير على انه بموته يعتق من كان في ملكه وقت اليمين ومن ملك بعده أيضا في ظاهر المذهب عن الكل شرنبلالية (فروع) حلف لا يعتق عبدا فكاتب او اشترى قريبا او اشترى العبد نفسه حنث * ان بعتك فأنت حر فباعه فاسدا عتق وصحيحا لا ان دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر انه دخل عتق وفي ان كلمته لا لانها على فعل نفسه ولو شهد ابنا فلان انه كلم أباهما جازت ان جحد وكذا ان ادعاه عند محمد وبطلها الثاني درو قوله فباعه فاسدا عتق مقيد بما اذا لم يقبضه المشتري قبل البيع فان قبضه لم يعتق نهر (خاتمة) قدمنا عن البحر ان المكاتب لا يدخل تحت العبد كعدم دخوله تحت المملوك وكذا لا يدخل تحته المدبرون ذكره ابن الشحنة في شرح منظومة ابن وهبان فيفرق بين العبد والمملوك من هذه الجهة فالعبد لا يتناول الا من كان الرق فيه كاملا وهو القن بخلاف المملوك فانه شامل لكل من وجد فيه الملك اعم من ان يكون رقه كاملا او ناقصا لكن لا يتناول المكاتب كما سبق وكذا يفرق بينهما من وجه آخر وهو ان اسم المملوك يقع على الذكر والانثى بخلاف العبد حيث لا يقع الا على الذكر خاصة نص عليه ابن وهبان في منظومته حيث قال

وفي كل عبد لي الذكور فقط حوى * وفي كل مملوك يعم ويبطر

قال ابن الشحنة الذكور مفعول حوى وفي البيت مسئلتان من النتف الاولى قال ان دخلت الدار فكل عبد لي حر فهذا اللفظ يقع على الذكران دون الاناث فاذا دخلها عتق كل عبد له دون الاماء والمدبرين وامهات الاولاد والمكاتبين وما في البطون من الاجنة الا ان ينويهم * الثانية لو قال كل مملوك لي حر يقع هذا اللفظ على الذكور والاناث جميعا والظاهر انه أشار بقوله ويبطر الى نظر ذكره في الشرح على نظم الطرسوسي فانه أتى بلفظ عبيدي بالجمع والذي في النتف بلفظ الافراد ولقائل ان يمنع ذلك ويفرق بين الجمع والافراد بان الجمع يغلب فيه المذكر على المؤنث والمملوك في أصل اللغة يطلق على سائر الاملاك من عين وعقار وغيره الا انه يختص بالتعارف بالرقيق نص عليه الراغب في مفرداته ويمكن ان يكون النظر في تعميم النتف المملوك للذكر والانثى والذي يظهر لي والله اعلم ان العرف هو المعتبر في باب الايمان فراعاته تقتضي التسوية بين المملوك والعبد لانهما انما يطلقان عرفا على الذكران وان اعتبر وضع اللغة فينبغي أيضا تساويهما في العموم فانه قال في القاموس العبد الانسان حرا كان او رقيقا والمملوك والموضع يحتاج الى تحرير انتهى وقوله والمملوك معطوف على الانسان من قوله العبد الانسان فاشار الى ان العبد يطلق ويراد به الانسان مطلقا ويطلق ويراد به خصوص المملوك

(باب العتق على جعل)

أخره لانه خلاف الاصل نهر (قوله بالضم) ويفتح در (قوله ما جعل للعامل على عمله) وكذا الجعالة بتثليث الجيم نهر عن المغرب خلافا لما ذكره الجوهري وتبعه في العناية والدرمن تخصيص الكسر (قوله

وقال أبو يوسف في النوادر يعتق الذي كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق الذي ملكه بعد اليمين ولو قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر فهو على هذا الخلاف *(باب العتق على جعل)* بالضم ما جعل للعامل على عمله والمراد هنا ما يكون عوضا عن العتق

حر عبده الخ) فيه ايماء الى ان العبد معين حتى لو لم يكن كذلك بان قال احد كما حر على الف والآخر بغير شئ عتقا مجانا وهذا اذا كان الكل له فلو كان له النصف فقط فقال له أنت حر على الف عتق نصفه بنصفها فان أجاز الآخر كانت بينهما عند الامام نهر (قوله فقبل العبد) في مجلسه ان كان حاضرا أو مجلس علمه ان كان غائبا فان قبل فيه صح وان رد أو اعرض بطل والاعراض بالقيام أو بالاشتغال بعمل آخر ولم يقيد المصنف العتق بالاداء لانه يعتق قبله لانه ليس معلقا على الاداء بل على القبول وقد وجد ولا بد وان يقبل في الكل فلو قال لعبده أنت حر بالف فقال قبلت في النصف فانه لا يجوز عند أبي حنيفة لما فيه من الاضرار بالمولى وقالا يجوز ويعتق كله بالالف بناء على تجزئ الاعتاق وعدمه ولا خلاف ان ما لا يتجزأ كالطلاق والدم يكون القبول في النصف قبولا في الكل بحر ونهر بان قال ولي الدم لمن وجب عليه القصاص عفوت عنك بالف فقال قبلت في النصف أو قال انت طالق بالف فقالت قبلت في النصف (قوله والمال دين عليه) وجب بعد الحرية حتى صحت الكفالة به فلا يؤدي الى التنافي بخلاف بدل الكتابة لانه وجب مع المنافي لانه يسعى وهو عبد زيلعي وكما تصح به الكفالة جاز ان يستبدل به ما شاء يدا بيد لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس بحر (قوله أنت حر على الف الخ) أو بعتك نفسك على كذا أو وهبت لك نفسك على ان تعوضني كذا نهر (قوله لانه لو لم يقبل لا يعتق) لانه معاوضة من جانبه وان كان تعليقا من جانب المولى ولهذا لم يصح رجوعه عنه ولم يبطل بقيامه عن المجلس نهر وجاز ان يجب المال بمثله وان لم يملك بمقابلة ما سقط من حق المولى شيئا كما يجب بالخلع وان لم تملك المرأة شيئا بازاء ما سقط من حق الزوج وكما يجب بالصلح عن دم العمد زيلعي (قوله اذا كان معلوم الجنس) ويجبر المولى على قبول القيمة نهر (قوله ولا يضره جهالة الوصف) كالجودة والرداءة لانها يسيرة ولا جهالة النوع لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد عيني (قوله صار مأذونا في التجارة) لانه حثه على أداء المال ولا يتمكن من ذلك الا بالاكتساب ولم يرد به الاكتساب بالتكدي لانه امارة الخساسة فتعين التجارة زيلعي مع انه لو اكتسب منه وأدى عتق نهر وهل يصح حجره لم أره وقد يقال انه لا يصح حجره لان الاذن له ضروري لصحة التعليق بالاداء وقد يقال انه يصح لما انه يملك بيعه فيملك حجره بحر (قوله لا مكاتبا) لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وهو يخالف المكاتب في عشرين مسئلة كما في الدرر ذكر منها في التنوير تسعة حيث قال فلا يتوقف عتقه على قبوله ولا يبطل برده وللمولى بيعه قبل وجود شرطه وهو الاداء ولو باعه ثم اشتراه هل يجب قبول ما يأتي به خلاف وعتق بالتخلية بحيث لو مد يده للمال أخذه ولو أدى عنه غيره تبرعا أو بأمر غيره بالاداء فأدى لا يعتق لان الشرط أداؤه ولم يوجد كما لا يعتق لو قيد بدراهم فأدى دنانير أو بكيس أبيض فأدى في اسود أو بهذا الشهر فدفع في غيره أو حط عنه البعض بطلبه وأدى الباقي وكذا لو أبرأ أو مات المولى وأداه الى الورثة لعدم الشرط بل العبد بما اكتسبه للورثة كما لو مات العبد قبل الاداء فتركته لمولاه بل له أخذ ما ظفر به أو ما فضل عنده من كسبه ولو أدى من كسبه قبل التعليق عتق ورجع السيد بمثله عليه وتعلق أداؤه بالمجلس ان علق بان وباذا لا ولا يتبعه أولاده بخلاف المكاتب في الكل وهو أي المال دين صحيح يصح التكفيل به بخلاف بدل الكتابة وهذه تمام العشرين ويزاد ما في الذخيرة لو علقه بالف فاستقرضها ودفع لمولاه عتق ورجع الغريم على المولى لان غرماء المأذون أحق بماله حتى تتم ديونهم ولو استقرض الفين فدفع احداهما وأكل الاخرى فللغريم مطالبة المولى بهما والمنعه بعتقه من بيعه بدينه انتهى وما في التنوير من ان العتق بالتخلية مما خالف فيه المكاتب مخالف لما سيأتي عن الزيلعي مما يفيد عتق المكاتب بالتخلية أيضا (قوله ان أديت الي ألفا فأنت حر) قيد الجواب بالفاء اشارة الى أنه يجز عتقه اذا قاله بالواو أو لم يأت بحرف العطف لكونه ابتداء لا جوابا شرنبلالية عن البحر لكن يشكل بما ذكره قاضيخان أول باب التعليق من كتاب الطلاق لو قال لعبده أد الي ألفا وانت حر كان تعليقا انتهى (قوله ولكنه يقتصر على المجلس في ان أديت) لانه بمنزلة التعليق بمشيئة العبد لتخييره بين الاداء

والامتناع

العبد لو (حر عبده على مال فقبل) عتق (مذ قبل والمال دين عليه وذلك مثل ان يقول أنت حر على ألف أو بألف أو على ان لي عليك ألفا أو على ألف أو على ان تعطيني ألفا أو على ان تؤديها وعلى ... وانما قيد بقوله فقبل لانه لو لم يقبل لا يعتق واطلاق لفظ المال يتناول النقد والعرض والحيوان كالفرس والحمار مثلا وان كان بغير عينه وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا يضره جهالة الوصف (ولو علق عتقه بادائه صار مأذونا) في التجارة لا مكاتبا مثل ان يقول ان اديت الي ألفا فانت حر أو اذا اديت أو متى اديت ولكنه يقتصر على المجلس في ان اديت وعن ابي يوسف انه لا يقتصر كما في التعليق بسائر الشروط حتى اذا باعه ثم اشتراه اجبره الحاكم على قبضه

والامتناع ولو قال ان شئت فأنت حر يتوقت به فكذا هذا بخلاف متى واذا فانهما للوقت زيلعي والحاصل ان تعليق الاداء بان يقتصر على المجلس وأما اذا ومتى فلا يقتصر على المجلس اتفاقا وقد نص عليه الشارح حيث شبه المختلف فيه بالمتفق عليه شيخنا (قوله ان أحضر المال عنده) أي عند أبي يوسف لكن لو قبض باختياره عتق عند الامام ومحمد بحر (قوله وعتق بالتخلية) بين المال والمولى بحيث لو مد يده اليه أخذه لانه نزل قابضا جبرا عليه وهذا هو معنى الاجبار على القبض في سائر الحقوق نهر ومنه يعلم ان ما ذكره السيد الحموي من ان قول الشارح وتفسير الاجبار صوابه وتفسير التخلية ساقط (قوله وتفسير الاجبار الخ) هذا اذا كان المال معلوما وان كان مجهولا بان قال اذا اديت الى دراهم فأنت حر لا يجبر على قبول المال لان مثل هذه الجهالة لا تكون في المعاوضة زيلعي (قوله وفي قبض سائر الحقوق) كالثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما أشبهها كما في العناية (قوله ولو أدى البعض اجبر على القبول) وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه ان المولى لا يجبر على قبض البعض زيلعي (قوله وقال زفر لا يجبر على القبول فيهما) أي فيما لو أدى البعض أو الكل (قوله وهو القياس) لانه تعليق العتق بالشرط ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ فاذا كان تعليقا فلا يجبر على الحنث كما اذا علق بغيره من الشروط فاذا لم يقبل المولى لم يعتق لان الشرط أداء متصل بقبوله لمكان قوله الى فلا يتم بفعل العبد وحده بخلاف المكاتب لان الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب فاحتجنا الى جعل المولى قابضا ليتخلص عن عهدة الوجوب ولنا ان هذا اللفظ تعليق باعتبار الصورة وباعتبار المقصود معاوضة زيلعي فاستفيد من قوله بخلاف المكاتب الخ ان القائل بالفرق بينه وبين المكاتب في العتق بالتخلية انما هو زفر واما عند غير زفر فلا فرق في العتق بالتخلية بينهما وكذا ما سبق عن العناية صريح في ان المكاتب يعتق بالتخلية فظهر واتضح عدم الفرق بين المعلق عتقه على أدائه وبين المكاتب في العتق بالتخلية خلافا لما سبق عن التنوير وان أقره في الدر وقد راجعت البحر والنهر فلم أجد فيهما ما يقتضي الفرق بينهما في ذلك وكذا كلامه في الشرنبلالية يشير الى انه لا فرق بينهما في العتق بالتخلية لانه ذكر الاحكام التي خالف فيها المكاتب ولم يذكر فيها العتق بالتخلية (قوله ولكن يرجع المولى عليه بمثله) كما لو أدى مغصوبا فاستحق (قوله ولو أدى من مال اكتسبه بعد التعليق لا يرجع) لانه مأذون له بالاداء منه وان فضل شئ فهو للمولى لانه كسب عبده زيلعي (قوله فالقبول بعد موته) ظاهره انه يعتق بالقبول بعد الموت من غير توقف على اعتاق أحد وهو قول البعض وله أصل في الرواية وصحح المتأخرون انه لا يعتق بالقبول كما قدمنا ولا فرق في المسئلة بين ان يؤخر ذكر المال أو يقدمه كان يقول أنت حر على ألف درهم بعد موتي كما في غاية البيان وما في الزيلعي وقاضيخان لو قال أنت حر على ألف درهم بعد موتي فانه يعتبر القبول فيه في الحال متعقب بحر (قوله يعتبر بعد موته لا قبله) لان ايجاب العتق أضيف الى ما بعد الموت ولا يعتبر وجود القبول قبل وجود الايجاب بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال الا انه لا يجب المال لان الرق قائم والمولى لا يستوجب على عبده دينا الا ان يكون مكاتبا بخلاف ما اذا أعتقه على مال حيث يجب عليه لان الرق قد زال زيلعي (قوله ولكن لا يعتق الا باعتاق الوارث) أو الوصي او القاضي عند امتناع الوارث لان العتق تأخر عن الموت والعتق متى تأخر عن الموت لا يثبت الا باعتاق واحد من هؤلاء لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق جزم به الاسبيجابي وقال ان الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصي يملكه تنجيزا فقط ولو اعتقه الوارث عن كفارة يمينه جاز عن الميت لا عن الكفارة والولاء للميت لا للوارث بحر وقوله لا للوارث يحمل على ما لو كان للميت ابن وبنت والمعتق البنت (فرع) قال أنت حر بعد موتي بيوم لا يكون مدبرا ولا يعتق وان مضى يوم ولكن يكون وصية حتى يجب اعتاقه على الوارث والوصي حموي عن مبسوط صدر الاسلام (قوله على خدمته سنة) فلو لم يعين مدة كان عليه قيمة نفسه نهر وكذا لو جهلت در (قوله عتق في الحال) لان على للمعاوضة ولان الاعتاق على شئ يقتضي وجود القبول لا وجود المقبول وفي ان خدمني

ان احضر المال عنده (وعتق
بالتخلية) وتفسير الاجبار هنا وفي
قبض سائر الحقوق ان العبد اذا احضر
المال بحيث يمكن المولى من قبضه
وخلى بينه وبين المولى نزل قابضا
وحكم بعتقه ولو أدى البعض أجبر على
القبول ولكن لا يعتق مالم يؤد
الكل وقال زفر لا يجبر على القبول
فيهما وهو القياس ولو أدى من مال
اكتسبه قبل التعليق عتق
ولكن يرجع المولى عليه بمثله وان
أدى من مال اكتسبه بعد التعليق
لا يرجع عليه (وان قال) لعبده
(أنت حر بعد موتي بألف) أو على ألف
(فالقبول) أي قبول المال من
العبد يعتبر (بعد موته) لا قبله ولكن
لا يعتق الا باعتاق الوارث بخلاف
المدبر لان عتقه متعلق بنفس الموت
ولا يشترط اعتاق الوارث (ولو حرره
على خدمته سنة فقبل عتق) في الحال
(وخدمته)

سنة فابت حر لا يعتق الا بالشرط فلو خدمه أقل أو عوضه عنها أو قال ان خدمتنى وأولادى فمات بعض أولاده لا يعتق لأن ان للتعليق درر ودر (قوله أى لزمه خدمته سنة) المراد بالخدمة خدمة البيت على الوجه المتعارف بين الناس و بقيمتها أجرة المثل حموى عن البرجندى وقوله و بقيمتها أجرة المثل يعنى على قول من اوجب قيمة الخدمة وهو محمد وزفر كما سيذكره الشارح وهل نفقة عياله لو فقيرا على مولاه فى المدة كالموصى له بالخدمة أو يكتسب للانفاق حتى يستغنى ثم يخدم كالمعسر بحث فى البحر الثانى والمصنف أى مصنف التنوير الاول در وصاحب النهر أقر مابحثه فى البحر ونصه وسكتوا فى مسئلة الكتاب عن حكم نفقته ونفقة أولاده حيث لا مال له وهى حادثة الفتوى قال فى البحر و ينبغى ان يقال انه يشتغل بالاكتساب للانفاق فان استغنى خدم المولى لانه الآن فى حكم المعسر فصار كما لو اعتقه على مال ولم يقدر عليه انتهى (قوله ولو مات المولى أو العبد الخ) ينبغى ان يكون المرض الذى لا يرجى برؤه كالعمى ونحوه كالموت نهر (قوله تجب قيمته) فتؤخذ منه أو من تركته (قوله وعند محمد تجب عليه قيمة خدمته سنة) قال فى الحاوى القدسى و بقول محمد نأخذ نهر قالوا وهذه الخلافية مبنية على خلافية أخرى هى ما لو قال لعبده بعت نفسك منك بهذه العين فهلكت العين تجب قيمة العبد عندهما وقيمة العين عند محمد درر لكن قال الكمال ولا يخفى ان بناء هذه على تلك ليس باولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائى شرنبلالية لمحمد انه معاوضة مال بغير مال لان نفس العبد ليست بمال فى حقه اذ لا يملك نفسه فصار كما لو تزوج امرأة على عبد فاستحق فانها ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع وهو مهر المثل ولهما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال فى حق المولى وكذا المنافع صارت مالا بايراد العقد عليها فصار كما لو اشترى اباه بامة فهلكت قبل القبض أو استحقت فان البائع يرجع عليه بقيمة الاب لا بقيمة الامة زيلعى وفائدة الخلاف انما تظهر اذا اختلفت قيمة العبد وقيمة الخدمة عينى (قوله أعتقها بالف درهم) لم يقل على وكان الاولى ذكرها كما فى بعض نسخ الهداية ليفيد عدم الوجوب عند عدم ذكرها بالاولى وافاد بقوله وأبت ان لها الامتناع من تزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق بحر (قوله مجانا) لانه لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبى بخلاف الخلع والفرق كما فى الشرنبلالية عن الكمال ان الاجنبى فى الخلع كالمرأة لم يحصل لها ملك مالم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يثبت للعبد فيه قوة حكمية هى ملك البيع والشراء وغير ذلك ولا يجب العوض الا على من حصل له المعوض انتهى (قوله والمسئلة بحالها) يعنى أبت ان تتزوجه (قوله قسم الالف الخ) طريق القسمة ان تضم قيمة الامة الى مهر مثلها و يقسم عليهما الالف التى اشترطها الاجنبى فاما ان تتساوى القيمة ومهر المثل فيجب عليه نصف الذى سماه للمولى و يسقط عنه النصف واما ان يتفاوتا بان كانت قيمتها مثلا الفين ومهر مثلها الف فيجب للمولى ثلثا الالف وسقط ثلثها وهكذا لو كان قيمتها ثلاثة آلاف ومهرها ألف يجب ربع الالف شرنبلالية عن الفتح (قوله ما أصاب القيمة فقط) لانه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجب عليه حصة ما سلم له وهو الرقبة و بطل حصة مالم يسلم له وهو البضع ولم يبطل البيع باشتراط النكاح لانه مقتضى صحة العتق عنه فيكون مدرجا فيه فلا يراعى فيه شرائطه بل شرائط المقتضى وهو العتق ولو أعتق أمته أو مدبرته أو مكاتبته على ان تزوجه نفسها فزوجته نفسها كان لها مهر مثلها عند أبى حنيفة ومحمد لان العتق ليس بمال فلا يصلح مهرا وعند أبى يوسف يجوز جعل العتق صداقا لانه عليه السلام أعتق صفية ونكحها وجعل عتقها مهرها قلنا كان عليه السلام مخصوصا بالنكاح بغير مهر فان أبت ان تتزوجه فعليها قيمتها فى قولهم جميعا وكذا لو أعتقت المرأة عبدا على ان يتزوجها فان فعل فلها مهرها وان أبى فعليه قيمته زيلعى مع شرنبلالية بخلاف أم الولد اذا أعتقها على ان تزوجه نفسها فانها اذا أبت لا سعاية عليها نهر عن الخانية (قوله فما أصاب القيمة سقط فى الوجه الاول الخ) لانه قابل الالف بالرقبة والبضع فيقسم عليهما فيجب عليه عوض ما سلم له دون غيره زيلعى والمراد

أى لزمه خدمته سنة (ولو مات المولى أو العبد قبل ان يخدمه سنة (تجب قيمته) عليه عندهما وعند محمد تجب عليه قيمة خدمته سنة وهو قول زفر كذا فى الجامع الصغير الخانى (ولو قال) رجل (اعتقها بالف درهم أو على الف درهم (على ان تزوجنيها ففعل فابت) الامة (ان تتزوجه عتقت) الامة فى الحال (مجانا) (ولو زاد عنى) على الآمر (ولا شئ على بان قال اعتق أمتك هذه عنى على الف درهم والمسئلة بحالها (قسم الالف على قيمتها ومهر مثلها ووجب على الآمر (ما أصاب القيمة فقط) وما أصاب مهر المثل بطل عنه وانما قيد بقوله فابت لانها لو زوجت نفسها منه قسمت الالف على قيمة الامة ومهر مثلها فما أصاب القيمة سقط فى الوجه الاول وهو للمولى فى الوجه الثانى وما أصاب مهر المثل كان مهرا لها فى الوجهين

بالوجه الاول عدم زيادة عنى والثانى زيادتها (تتمة) أعتق عنى عبدا وانت حر فاعتق عبدا جيدا لا يعتق وفى أدالى يعتق لانه ادخال فى ملكه فيكون راضيا بالزيادة وأما العتق اخراج لان كسبه ملك للمولى در واستفيد من تعليله بان كسبه ملك للمولى ان كلامه خرج خطابا بالعبد المأذون أونقول يثبت له الاذن ضمنا لانه فى معنى المعلق عتقه على الاداء وقد سبق فى المتن حيث قال ولو علق عتقه باداثه صار مأذونا اه واستفيد أيضا ان عدم العتق لا يخص المخاطب بل الذى اعتقه المخاطب لا يعتق أيضا ولو قال لا يعتقان لكان أولى اما عدم عتق المخاطب فمن صريح كلامه اذ هو المراد من قوله لا يعتق دل عليه سياق قوله وفى ادالى يعتق واما عدم عتق الآخر فاستفيد من تعليله فى جانب الادخال فى ملكه بانه يكون راضيا بالزيادة فمفاده انه فى جانب الاخراج من ملكه لا يكون راضيا بها فتدبر (فرع) أنت حر وعليك ألف عتق مجانا تقدم متنا فى الخلع

(باب التدبير)

لما كان التدبير اعتاقا مقيدا او المقيد بمنزلة المركب والمركب بعد المفرد ناسب ذكر التدبير بعد العتق حموى عن المفتاح وقدمه على الاستيلاد لشموله الذكر والانثى نهر (قوله وفى الشرع الخ) ومافى الدر من انه شرعا يستعمل كل من لفظ التدبير والمدبر فى المطلق والمقيد والظاهر ان اشتراكه بينهما معنوى لان اللفظى يحتاج الى تعدد الوضع وهو خلاف الظاهر فلا يصار اليه بلا دليل رده فى الشرنبلالية بانه خلاف ظاهر كلام عامة ائمتنا حيث قصروه شرعا على المدبر المطلق فلم يستعملوه فى المقيد (قوله هو تعليق العتق الخ) والاضافة كاعتقتك بعد موتى كالتعليق نهر (قوله بمطلق موته) ولو معنى كان مت الى مائة سنة وغلب موته قبلها هو المختار لانه كالكائن لا محالة تنوير وشرحه وقال الكمال والمصنف أى صاحب الهداية كالمتناقض فانه فى النكاح اعتبره توقيتا وابطل به النكاح وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير وأجاب فى البحر بانه اعتبره فى النكاح توقيتا للنهى عن النكاح الموقت فالاحتياط منعه تقديما للمحرم على المبيح لان النظر الى الصورة يحرمه والى المعنى يبيحه وأما هنا فنظر الى التأبيد المعنوى ولا مانع منه فالاصل اعتبار المعنى مالم يمنع مانع فلا تناقض ولهذا كان هو المختار وان كان الولوالجى جزم بانه ليس بمدبر مطلق تسوية بينه وبين النكاح شرنبلالية (قوله أو بمطلق موت رجل آخر) مخالف لما فى الدر حيث قال هو تعليق العتق بالموت سواء كان موته أو موت غيره لكن تعقبه فى الشرنبلالية بما فى البحر من قوله خرج بتعليقه بموته تعليقه بموت غيره كقوله ان مات فلان فانت حر فانه لا يصير مدبرا أصلا لا مطلقا ولا مقيدا فاذا مات فلان عتق من غير شئ انتهى (قوله لا يكون مدبرا) أى اصلا بل تعليقا بشرط وهذا بالنسبة للثانية واما الاولى فمعنى قوله لا يكون مدبرا أى مطلقا بل هو مدبر مقيد وكذا يكون مدبرا مقيدا لو علقه بموته وموت فلان حتى كان للورثة بيعه اذا مات قبل فلان نعم لو مات فلان قبله كان مطلقا كذا فى النهر وفيه تدبير الحمل وحده جائز كعتقه فان ولدت لاقل من ستة أشهر كان مدبرا والا فلا نهر (قوله فيجوز بيعه) أى قبل وجود الشرط لا بعده لا فرق فى عتقه بعد وجود الشرط بين المدبر المقيد والمعلق عتقه على شرط وانما الفرق من وجه آخر هو ان المدبر بقسميه يعتق من الثلث والمعلق عتقه بالشرط من كل المال نهر (قوله كاذا مت الى قوله دبرتك) هذا تمثيل للتدبير المطلق لانه علق عتقه بمطلق موته فيصير به مدبرا لانه صريح فيه ويوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت فيكون مدبرا مطلقا ولو نوى النهار دون الليل لا يكون مدبرا مطلقا لاحتمال ان يموت بالليل ولا فرق فى الحكم بين ان يكون التعليق باذا اومتى أوان وكذا لو قال اعتقتك بعد موتى أو انت عتيق أو معتق أو محرر بعد موتى وكذا ان مت فانت حر لانه تعليق بالموت وان كان كائنا لا محالة وكذا ان حدث بى حدث فانت حر لان الحدث يراد به

(باب التدبير) واعلم انه يقع من الحر البالغ العاقل على عبده كما فى العتق والتدبير هو فى اللغة ان ينظر الى ما تؤول اليه عاقبته وفى الشرع (هو تعليق العتق بمطلق موته) أى موت المولى وانما قال بمطلق موته لانه لو قيد بموته بمرض أو بمطلق موت رجل آخر كذا خلافا لزفر فيجوز بيعه لا يكون مدبرا كما يأتى فى هذا الباب (كاذا مت فانت حر أو انت حر يوم اموت أو انت حر

الموت وكذا أنت حر مع موتي لان اقتران الشيء بالشيء يقتضي وجوده معه فكان اثباتا للعتق في حال وجود الموت وكذا لوقال في موتي لان حرف الظرف اذا دخل على الفعل يصير شرطا كقوله أنت طالق في دخولك الدار وكذا اذا ذكر مكان الموت الوفاة أو الهلاك لانه بمعناه ولا يحتاج الى النية في هذه الالفاظ لانها صرائح فيه فحاصله ان ألفاظه ثلاثة أنواع أحدها ان يصرح بالتدبير بان يقول دبرتك أو يضيف الحرية الى ما بعد موته كقوله انت حر بعد موتي والثاني ان يكون بلفظ التعليق كقوله ان مت فانت حر ونحوه من القران بالموت والثالث ان يكون بلفظ الوصية بان قال أوصيت لك برقبتك أو بعتقك لان العبد لا يملك نفسه فكانت الوصية به وصية بالعتق وكذا لو اوصى له بثلث ماله لان رقبته من جملة ماله فكان موصى له بثلث رقبته وهو تمليك بعد الموت وتمليك العبد من نفسه اعتاق ومن الثاني فيمن أوصى لعبده بسهم من ماله انه يعتق بعد موته ولو بجزء لا اذ الجزء عبارة عن الشيء المبهم والتعيين فيه الى الورثة بخلاف السهم فانه السدس فكان سدس رقبته داخلا في الوصية زيلعي ونهر وفي قول الزيلعي وكذا في موتي لان حرف الظرف اذا دخل على الفعل يصير شرطا تسامح وانما هو بمعناه لانه لو كان شرطا لطلقت في قوله لاجنبية أنت طالق في نكاحك مع انها لا تطلق بحر (قوله عن دبر مني) بضم الباء وسكونها حموي عن المفتاح (قوله فلا يباع) ولو جمع بينه وبين قن ينبغي ان يسري الفساد الى القن نهر والمراد بيعه من غيره واما بيعه من نفسه أو هبته منه فاعتاق بمال أو بلا مال حموي عن البرجندي ولو اراد ان يدبر عبده على وجه يملك بيعه يقول اذا مت وانت في ملكي فانت حر يصير مدبرا مقيدا واذا مات وهو في ملكه يعتق نهر عن الولوالجية وفيه عن الظهيرية لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ وكان فسخا للتدبير حتى لو عاد اليه ومات على ملكه لم يعتق واستشكل بانه انما يبطل بالقضاء ما هو مختلف فيه وذاك لزوم التدبير لا صحة التعليق فينبغي ان يبطل وصف اللزوم لا غير انتهى (قوله ولا يرهن) لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء من المالية بطريق البيع وهو ليس محلا للبيع كام الولد زيلعي (قوله وتنكح) أي المدبرة أي المولى يزوجها من انسان لان ملكه ثابت فيه بخلاف البيع ونحوه فانه يبطل حقه فيه عيني وذكر الضمير العائد على المدبرة نظرا لشخصها (قوله وقال الشافعي يجوز بيعه) وغيره من التصرفات لما روى ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر منه فاحتاج فاخذه النبي صلى الله عليه وسلم فقال من يشتريه مني فاشتراه نعيم بن عبد الله ولنا رواية ابن عمر أنه عليه السلام قال ان المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث وما رواه لا يحتج به لانه يحتمل انه كان مدبرا مقيدا ويحتمل انه باع منفعته بان أجره والاجارة تسمى بيعا بلغة أهل المدينة لان فيها بيع المنفعة ويحتمل انه باعه في وقت كان يباع الحر بالدين ثم نسخ بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة زيلعي (قوله وقد يكون التدبير بلفظ اليمين) ومنه قول المصنف المتقدم اذا مت فانت حر حموي (قوله نحو ان يقول ان مت فانت حر الخ) اللف والنشر في كلامه مرتب (قوله أو قال أوصيت لك الخ) ولو قال العبد لا اقبل فهو مدبر وليس له رده بحر (قوله وكذا لو قال ان مت فلا سبيل عليك لاحد يكون مدبرا) لم يقيده بالنية مع ان نفي السبيل كناية لا يعتق بها الا بالنية كما تقدم في صدر الباب الا ان يكون قوله ان مت قرينة فلم تتوقف على النية حموي وفي النهر لو زاد ان شاء الله صح الاستثناء بخلاف ما لو قال أنت حر بعد موتي ان شاء الله حيث لا يصح والفرق ان الاستثناء في الاول من الامر وهو باطل وفي الثاني من الايجاب نهر وحموي عن الولوالجية وهو مشكل لان ما ذكره من الفرق وهو ان الاستثناء من الامر باطل بخلافه من الايجاب صريح في ان الاستثناء من الامر لا يصح اما من الايجاب فصحيح والذي في البحر عن الولوالجي قال مريض اعتقوا فلانا بعد موتي ان شاء الله تعالى صح الايصاء بخلاف انت حر بعد موتي ان شاء الله تعالى حيث لا يصح والفرق ان الاستثناء في الامر باطل وفي الايجاب صحيح انتهى ومنه يعلم ان قوله في النهر والحموي ولو زاد ان شاء الله صح الاستثناء صوابه صح الايصاء فيلائم قوله والفرق ان الاستثناء في الاول من الامر وهو

باطل

(عن دبر مني) اي بعد موتي (او) أنت (مدبر أو دبرتك فلا يباع ولا يوهب) ولا يرهن (و) لكن (يستخدم ويؤجر وتوطأ) ان كانت أمة (وتنكح) وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته وقد يكون التدبير بلفظ اليمين والوصية نحو ان يقول ان مت فانت حر أو قال أوصيت لك بعتقك او بثلث مالي وكذا لو قال ان مت فلا سبيل عليك لاحد يكون مدبرا

باطل لكن يبقى الاشكال من وجه آخر وهو ان قوله لا سبيل عليك لاحد ليس بامر والذى يظهر أن زيادة الاستثناء بعد قوله لا سبيل عليك لاحد لا محل لها هنا وانما محلها بعد قوله اعتقوا فلانا بعد موتى والظاهر ان التقييد بالمريض فى قول صاحب البحر مريض قال اعتقوا فلانا بعد موتى اتفاقى فلا فرق فى الحكم المذكور بين الصحيح والمريض لان الامر باعتاقه بعد الموت يكون وصية بالعتق وان كان وقت صدور الامر صحيحا فلا معنى لتخصيص المريض به (قوله وبموته الخ) عطف على جملة لا يباع وقدم المعمول على عامله ليفيد الحصر والتقدير بموته لا بموت غيره احترازا عما لو علق عتقه بموته وموت فلان فمات فلان فانه لا يعتق حموى لكن يصير مدبرا مطلقا كما قدمناه عن النهر فيعتق بموت السيد بخلاف ما اذا مات السيد قبل فلان حيث يبطل التدبير اصلا كما لو علق عتقه على شرط فمات قبل وجود الشرط واعلم ان المراد بالموت ما يعم الحكمى كلحاقه مرتدا در (قوله عتق) فى آخر جزء من حياة المولى در (قوله من ثلثه) ان لم تكن قيمته ازيد من ثلث تركته و يسعى فيما زاد من قيمته على ثلث تركته ان لم تجز الورثة فلو خرج من الثلث ثم هلكت التركة قبل ان تصل الى الورثة فلهم حق السعاية حموى عن البرجندى وان لم تخرج من الثلث يسعى بحسابه در واعلم انه يستثنى من وجوب السعاية على المدبر حيث لم يخرج من الثلث ما لو ولدت المدبرة من سيدها كما فى التنوير ونصه ولو ولدت المدبرة من سيدها فهى ام ولده وبطل التدبير وعلله شارحه بان التدبير من الثلث والاستيلاد من الكل فكان اقوى (قوله أى من ثلث ماله) يوم موته لما رويناو لانه وصية ونفاذها منه ولهذا لم يفترق الحال بين كون التدبير فى الصحة أو فى المرض الا اذا قال فى صحته أنت حر او مدبر ومات بلا بيان فانه يعتق نصفه من جميع المال ونصفه من الثلث وفى الخانية يصح تدبير المحجور عليه بالسفه وبموته يسعى فى كل قيمته وفيها ان وصية المحجور عليه من الثلث جائزة فيطلب الفرق نهر واقره الحموى واقول هذا من صاحب النهر غفلة عما ذكره هو اول الباب حيث قال ولعل الفرق هو ان التدبير اتلاف الآن بخلاف الوصية فانها بعد الموت وله الرجوع قبله فلا اتلاف فيها انتهى (فرع) قتل المدبر سيده سعى فى قيمته كمدبر السفيه ولو قتلته ام الولد لا شئ عليها در عن الجوهرة وفيه عن الدرر من فصل الجناية على العبد المدبر اذا قتل مولاه خطأ سعى فى قيمته ولو عمدا قتله الوارث أو استسعاه فى قيمته ثم قتله انتهى (قوله أى لم يكن له مال سواه) وله وارث لم يجز التدبير حتى لو لم يكن له وارث أو كان لكنه اجازه يعتق كله لانه فى حكم الوصية فيقدم على بيت المال و يجوز باجازة الوارث درر ولو كاتب مدبره فان خرج من الثلث عتق بالتدبير وسقطت عنه الكتابة وان لم يكن له مال غيره فان شاء سعى فى بدل الكتابة أو فى ثلثى قيمته عند الامام وقال الثانى يسعى فى الاقل منهما بلا اخيار وقال الثالث يسعى فى الاقل من ثلثى البدل أو قيمته ولو كاتبه ثم دبره خير عند الامام بين ان يسعى فى ثلثى قيمته أو ثلثى بدل الكتابة وقالا يسعى فى اقلهما عينا نهر عن الفتح (قوله وسعى فى كله لو مديونا) لانه وصية ومحل نفاذها الثلث ولم يسلم للموصى له شئ الا اذا سلم للورثة ضعفه والدين مقدم على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب نقضه معنى برد قيمته عينى (قوله هذا اذا كان الدين مستغرقا) اعلم ان الدين المحيط بالتركة مانع من نفوذ الاعتاق والايقاف والوصية بالمال والمحاباة فى عقود العوض فى مرض الموت الا باجازة الداينين وكذا يمنع من انتقال الملك الى الورثة فيمتنع تصرفهم الا بالاجازة شيخنا عن الفوائد البدرية لابن الفرس وقوله فى مرض الموت يتعلق بجميع المذكورين قبله (قوله وان لم يكن فبقدر الدين) صورته اذا كانت قيمة العبد تسعين وعليه دين ثلاثون فانه يسعى فى الثلاثين و يسقط عنه عشرون و يسعى للورثة فى اربعين نص على ذلك فى البحر بقوله قيدنا بكون الدين مستغرقا لانه لو كان الدين أقل من قيمته فانه يسعى فى قدر الدين والزيادة على الدين ثلثها وصية و يسعى فى ثلثى الزيادة كذا فى شرح الطحاوى انتهى (قوله ثم الثلثين) أى ثم يسعى فى قدر الثلثين من قيمته بعد الدين للورثة و يسقط عنه الثلث بعد الدين شيخنا (قوله ثم قد اجمل القيمة) فيه ان المصنف لم يذكر القيمة حتى يقال انه اجمل

(وبموته عتق) المدبر كله (من ثلثه) أى من ثلث ماله (و) لكن (يسعى فى ثلثيه لو) كان المولى (فقيرا) أى لم يكن له مال سواه بعد موته (و) سعى فى (كله لو) كان المولى (مديونا) هذا اذا كان الدين مستغرقا لماله وان لم يكن فبقدر الدين ثم الثلثين ثم قد اجمل القيمة ولم يبين انه يسعى فى قيمته قنا أو مدبرا قيل انه يسعى فى قيمته مدبرا

فيها اللهم الا ان يقال اجل في القيمة المقدرة بدلالة الاقتضاء حموي (قوله وذكر محمد الخ) ذكر هذا استدلالا على انه انما يسعى في قيمته مدبرا شيخنا (قوله اذا دبر السفيه) يعني المحجور عليه بالسفه وتقدم الكلام عليه وعلى وجه الفرق بين تدبيره ووصيته (قوله وليس عليه نقصان التدبير) أي ما نقص من قيمته بسبب التدبير حموي (قوله كالمصلح) تمثيل للنفي لا للمنفي حموي (قوله وقيل يقوم فائت المنافع الخ) قال الكمال وهو حسن عندي حموي (قوله وقيل نصف قيمته لو كان قنا) قدم الشارح في باب العبد يعتق بعضه ان الفتوى عليه وسيأتي من الشارح كلام يتعلق بقيمة المدبر في باب البيع الفاسد حموي وفي الدرر قيمة المدبر المطلق نصف قيمته لو كان قنا والمقيد يقوم قنا (قوله وقيل ثلثا قيمته) قال في البحر وقدمنا ان المفتى به ان قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا واختار الصدر الشهيد انها النصف وفي الولوالجية وهو المختار ونقل في النهر عند قول المصنف عبد لموسر بين ان قيمة المدبر عند الشهيد ثلثا قيمته قنا وبه يفتى انتهى فقد اختلف النقل عن الصدر الشهيد واختلف الترجيح أيضا (قوله ويباع العبد الخ) شروع في الكلام على المدبر المقيد ووجه جواز البيع ان الموت على تلك الصفة ليس كائنا لا محالة فلم ينعقد سببا في الحال واذا انتفى معنى السببية لتردده بين الثبوت والعدم بقي تعليقا كسائر التعليقات فلا يمتنع البيع ونحوه قبل وجود الشرط درر (قوله ان مت من مرضي الخ) أو ان مت وغسلت أو كفنت أو دفنت أو ان مت أو قتلت فأنت حر وهذا في الاخير قول الثاني وجعله زفر من المطلق قال في الفتح وهو أحسن لانه تعليق بمطلق موت المولى معنى كيف ما كان نهر (قوله فهو مدبر) أي مطلق بقرينة قوله وقيل هذا مقيد أيضا حموي والاول هو المختار لانه اذا كان في الغالب لا يعيش اليه يصير كالكائن لا محالة زيلعي وسبق (قوله أو أنت حر بعد موت فلان) كذا في الدرر والتنوير وظاهره انه مدبر مقيد ورده في البحر بما في المبسوط وغيره من انه ليس تدبيرا بل تعليقا حتى لو مات فلان والمولى حي عتق من كل المال ولو مات المولى أولا بطل التعليق فان قلت انما ذكره المصنف في التدبير المقيد لمساواته لحكمه في جواز البيع والعتق بالموت قلت بينهما فرق من جهة اخرى وهو ان المدبر بقسميه يعتق من الثلث والمعلق عتقه بشرط غير المولى يعتق من جميع المال اذا وجد الشرط كما سبق واعلم ان ما وقع للعيني حيث علل المسئلة بقوله لانه ليس بمدبر مطلق الخ ينبني على ما توهمه من انه من قبيل المدبر المقيد وذكر في النهر ان عبارة أصله الوافي أو ان مات فلان أو انا فالظاهر ان الاصل في عبارة المصنف هكذا أو انت حر بعد موتي أو موت فلان فحرفت انتهى (قوله ان مات فلان أو مت) يعني اذا ردده بين موته وموت فلان حموي (قوله أو اذا مت) أي أو مات فلان كما في الكافي ومقصود الشارح انه لا فرق بين ان واذا حموي (قوله أو قال قبل موتي بشهر أو بيوم) يعني رجل صحيح قال لعبده هذا الكلام ثم مات بعد شهر قال بعضهم يعتق من ثلث ماله وقال بعضهم يعتق من جميع ماله وهو الصحيح لان العتق على قول أبي حنيفة يستند الى أول شهر قبل الموت وهو كان صحيحا في ذلك الوقت كذا في الخانية ثم قال ولو مات قبل شهر لم يعتق لانه مدبر مقيد والقيد لم يوجد ولو قال أنت حر بعد موتي بشهر فمات بعده لا يعتق بالموت لعدم الاهلية بل يعتقه الوصي أو الوارث أو القاضي درر وقوله بل يعتقه الوصي أي بعد مضي المدة شرنبلالية والراجح انه مدبر مقيد قبل مضي الشهر وبعده خلافا لما قيل من انه بعد مضي الشهر مدبر مطلق ويتفرع عليه ما جزم به في البدائع من انه اذا مضى شهر قبل موت المولى يجوز بيعه قال في الشرنبلالية وهو الصحيح واعلم ان جواز بيعه مقيد بما اذا عاش المولى بعد البيع أكثر من شهر شرنبلالية تفقها وقواه شيخنا بانه اذا عاش بعد البيع أقل منه لم ينتف المحل للعتق فيظهر انه باع حرا ثم اعلم ان ما وقع في الدرر من تقييده المسئلة بموته بعد مضي شهر ليس احترازيا فالحكم لا يختلف بين موته بعد مضي شهر أو قبله ولهذا قال في الشرنبلالية لفظة بعده زائدة لا حاجة اليها (قوله وقال زفر لا يباع ويكون مدبرا) أي مطلقا الظاهر ان خلاف زفر في الاخيرة حموي وهذا ظاهر في عدم مراجعة

وذكر محمد في كتاب الحجر اذا دبر السفيه ثم مات يسعى الغلام في قيمته مدبرا وليس عليه نقصان التدبير كالمصلح اذا دبر ومات وعليه دين وقيل يقوم فائت المنافع التي تفوت بالتدبير واليه اشار محمد وقيل نصف قيمته لو كان قنا وقيل ثلثا قيمته (ويباع) العبد (لو قال ان مت من مرضي) هذا (أو سفري) هذا أو من مرض كذا (أو) قال ان مت (الى عشر سنين) قيد به لانه لو قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه غالبا فهو مدبر أيضا وقيل هذا مقيد أيضا فيجوز بيعه (أو أنت حر بعد موت فلان) أو قال ان مات فلان أو مت أو اذا مت أنا أو قال قبل موتي بشهر أو بيوم وقال زفر لا يباع ويكون مدبرا

توقف فى ذلك ونص عبارة الزيلعى ومن المقيد ان يقول انت حر قبل موتى بشهر او بيوم ومضى الشهر أو اليوم فهو مقيد حتى يملك بيعه وقال زفر لا يملك لانه مطلق التيقن به قلنا احتمال موته قبل الشهر كان قائما وقت اليمين فصار مقيدا فلا يتغير بعد ذلك بمضى الشهر أو اليوم ولان المدبر هو الذى يعتق بموت مولاه وهذا يعتق قبله الخ (قوله ويعتق العبد كما يعتق المدبر من ثلثه ان وجد الشرط) أى فى المدبر بقسميه والمعلق عتقه بشرط غير موت المولى ومنه قول المصنف أنت حر بعد موت فلان يعتق من جميع المال اذا وجد الشرط ويبطل التعليق بموت المولى قبل وجود الشرط كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر فمات المولى قبل الدخول شيخنا والتقييد بغير موت المولى فى المعلق عتقه بشرط لايضاح الفرق بين المدبر بقسميه وبين المعلق عتقه بشرط فالمعلق عتقه على موت المولى يندرج تحته المدبر بقسميه لانه ان علق عتقه على مطلق موت المولى فهو المدبر المطلق وان علق عتقه على موت المولى وشئ آخر فهو المدبر المقيد ومن المقيد ما اذا قال أنت حر بعد موتى وموت فلان فان مات فلان قبل المولى فحينئذ يصير مدبرا أى مطلقا هكذا يتعين فهم عبارة المبسوط وان كان سوق كلام البحر يوهم ان المعلق عتقه على موت المولى وموت فلان لا يكون مدبرا أصلا وسبق عن النهر التصريح بانه اذا مات فلان قبله كان مطلقا والحاصل ان المدبر المطلق والمقيد لا بد وان يكون عتقه معلقا بموت المولى اما مطلقا أو مقيدا بشئ آخر من وصف أو نحوه اما المعلق عتقه على شرط فلا دخل لموت المولى فى التعليق أصلا والى هذا وقعت الاشارة بتقييد الشرط بكونه غير موت المولى فافهم (قوله ان وجد الشرط) نبه بذلك على انه لا بد ان يموت فى سفره هذا أو مرضه أو فى المدة المعينة فلو أقام أو صح أو مضت المدة ثم مات لم يعتق لبطلان اليمين قبل الموت بحر (قوله ولو قال من مرضى هذا فهو حر لا يعتق) انظر كيف تفهم هذه المسئلة ثم وجد فى نسخة ابن المصنف زيادة قوله فقتل قبل قوله لا يعتق وقد استقام الكلام ومثل ما فى نسخة ابن المصنف فى البحر والتنوير ونص عبارة التنوير مع شرحه قال ان مت من مرضى هذا فهو حر فقتل لا يعتق بخلاف ما لو قال فى مرضى ففرق بين من وفى انتهى ولم يذكر وجه الفرق وكذا لم يذكره فى البحر أيضا وكانه لوضوحه وهو ان شرط عتقه اذا قال من مرضى هذا فقتل لم يوجد وهو ان يكون موته ناشئا عن هذا المرض بان يكون المرض هو المؤثر فى الموت ضرورة كون من للسببية بخلاف فى فانه ليس فيها ما يقتضى ذلك (قوله قال محمد هو مرض واحد) أى ما ذكر من الحمى والصداع ويظهر وجه كونهما مرضا واحدا فان المذكور فى كتب الطب انهما مرضان حموى (قوله ثم جن ومات مجنونا لا يبطل) وان كان فى التدبير معنى الوصية (قوله ولو أوصى برقبته ثم جن الخ) والفرق ان التدبير اشتمل على معنى التعليق والتعليق لا يبطل بالجنون ولهذا لا يبطل بالرجوع ولا كذلك الوصية ولهذا جاز تدبير المكره ولا تجوز وصيته بحر عن الظهيرية والحاصل ان التدبير كالوصية الا فى ثلاث اذا دبر ثم جن لا يبطل بخلافها الثانية لا يبطل التدبير بالرجوع بخلافها الثالثة دبر مع الاكراه يصح بخلافها اشباه وتنوير قال فى الدر وزاد مدبر السفيه ومدبر قتل سيده انتهى ووجه المخالفة بالنظر للسفيه ان تدبير السفيه لو كان كالوصية لوجبت السعاية عليه فيما زاد على الثلث مع انه يسعى فى كل القيمة وبالنظر للقتل ان اعتباره بالوصية يقتضى بطلان التدبير مع انه لا يبطل بل يسعى فى قيمته (قوله ثلاث خيارات فى الموسر) هى التضمين والتدبير والاستسعاء (قوله واثنان فى المعسر) هما التدبير والاستسعاء

(باب الاستيلاد)

وهو يحصل بشيئين احدهما ان يدعى السيد ولد امته قنة كانت الامة أو مدبرة الثانى ان يملك الزوج زوجته الامة التى ولدت منه فانه يفسد النكاح وتصير ام ولد بلا دعوة ووجه آخر عند زفر وهو ان يستولدها بالزنا ثم يملكها تصير ام ولده وهو القياس وفى الاستحسان لا تصير وهو قول علمائنا

(ويعتق) العبد كما يعتق المدبر من ثلثه (ان وجد الشرط) ولو قال ان مت من مرضى هذا فهو حر فقتل لا يعتق بخلاف ما لو قال فى مرضى هذا ولو حم ولو قال ان مت صداعا أو على عكسه قال محمد فهو مرض واحد ولو دبر عبده ثم جن ومات مجنونا لا يبطل ولو أوصى برقبته ثم جن ومات مجنونا يبطل فلو دبره أحد الشريكين فللساكت عند أبى حنيفة ثلاث خيارات فى الموسر واثنان فى المعسر كما فى البحر

(باب الاستيلاد)

الثلاثة حموى عن البرجندى وظاهره انه لا يشترط تصديق مولاها وظاهر ما فى الشرنبلالية انه شرط ونصه ملك من أقر باموميه ولدها من زنا وصدقه مولاها لم تصر ام ولد عندنا وهو استحسان والقياس ان تصير وهو قول زفر بدليل انه لو ملك الولد عتق عليه بلا خلاف بين أصحابنا كما فى البدائع انتهى فيحمل ما فى البرجندى على ما اذا وجد التصديق (قوله هو فى اللغة طلب الولد) أى مطلقا وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد وان لم يكن ثابت النسب شرنبلالية عن الفتح (قوله طلب الولد من الامة) ولو مشتركة أو ثبت له الملك فيها ماً لا كما لو ولدت بنكاح ثم ملكها أو وطئ الاب جارية ابنه فولدت فادعاه الاب فانها تصير أم ولد له ويثبت النسب كما مر فلهذا لم يضف الامة الى نفسه كما فى الدر ولعدم شموله للمشتركة ولما يلزم عليه من الجمع بين الحقيقة والمجاز بالنظر للمملوكة بعد الاستيلاد بالنكاح وان اجيب عنه بأن التقييد بأمته نظرا الى الغالب وحملا لحال المسلم على الصلاح (قوله فهو من الاسماء الغالبة) الغلبة عبارة عن قصر اللفظ العام على بعض افراده فى الاستعمال حموى (قوله الملك كامل) بنصب الملك على انه اسم ان ورفع كامل على انه الخبر وجملة فى المدبر وأم الولد يتعلق بالملك وكذا يقال فى قوله والرق ناقص بنصب الرق ورفع ناقص خلافا لما ذكره السيد الحموى من ان الصواب نصب كامل وناقص على الحال فانه سهو ظاهر مبناه توهم ان جملة فى المدبر وام الولد هى الخبر وليس كذلك قيل ويجوز ان يكون اسم ان ضمير الشان محذوفا والملك كامل خبران وفى أم الولد متعلق بكامل كما خرج عليه ان من أشد الناس عذابا المصورون (قوله ولدت أمة) ولو مدبرة غير ان التدبير يبطل على ما مر ومقتضاه عدم صحته بعد الاستيلاد الا ان المسطور فى المحيط صحته واطلاقه يفيد انه لا فرق بين كون الولادة من جماع أو استدخال منيه نهر (قوله من السيد) بأن اعترف به فسقط ما قيل ان فى العبارة قصورا لان المدار على ثبوت النسب منه وولادتها منه لا تستلزمه على انا لا نسلم كون المدار على ثبوت النسب بل على مجرد الدعوة ثبت النسب معها أو لا لما نقلوه من انه لو ادعى نسب ولد أمته التى زوجها من عبده فان نسبه انما يثبت من العبد لا من السيد وصارت أم ولد له لاقراره واطلاقهم يعم الذمى والمرتد والمستأمن وما لو ولدت منه حال كونها زوجته أو موطوءة بشبهة ثم ملكها بعد قال فى البحر ولو قال حملت لكان أولى لما فى البدائع لو قال حملها منى صارت أم ولد له وكذا لو قال هى حبلى منى أو ما فى بطنها من ولد فهو منى ولا يقبل منه انه كان ريحا ولو صدقته وقيده فى النهر بما اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من وقت الاعتراف فان ولدته لاكثر لا تصير أم ولد له استدلالا بما ذكره الزيلعى حيث قال لو اعترف بالحمل فجاءت به لستة أشهر من وقت الاقرار لزمه للتيقن بوجوده وقت الاقرار الخ ودخل تحت عموم قوله بأن اعترف به ما لو صدر منه الاعتراف فى مرض موته لكن قال فى الشرنبلالية اذا لم يكن معها ولد ولا بها حمل منه تعتق من الثلث باقرار المريض كما فى البحر انتهى فقولهم أم الولد تعتق من جميع المال بموت المولى ليس على عمومه بل يستثنى منه ما لو ثبتت اموميه ولدها بمجرد اقراره فى مرض موته وفى القنية متى ولدت الامه من سيدها صارت أم ولد فى نفس الامر وانما تشترط دعوته للقضاء ولهذا يصح استيلاد المجنون والمعتوه مع عدم الدعوة منهما انتهى حموى عن البرجندى قال ومنه يعلم سقوط ما استشكله فى البحر من انه لا يتصور الدعوة من المجنون ووجه السقوط ان صيرورتها أم ولد لا تتوقف على الدعوة ويظهر عدم الحاجة الى ما أجاب به فى النهر من انه يمكن ان تكون الدعوة من وليه كعرض الاسلام قال وظاهر ان هذا الجواب لا يصح للفرق الظاهر بين عرض الاسلام والدعوة اذ فى الدعوة تحميل النسب على الغير وهو لا يجوز انتهى (قوله لم تملك) بالتشديد يشير اليه قول الزيلعى أى لا يجوز تمليكها ويغنى عن تأويل المحقق لم تملك أى ملكا بعد ملك سيدها فلا يرد انها ملك لسيدها شيخنا ولو قضى قاض بجواز بيعها لم ينفذ فى أظهر الروايات ولو ملكها بسبى بعد ارتدادها فهى ام ولد بخلاف المدبر نهر وفى بعض النسخ ذكر بدل قوله بسبى بسبب والمعنى لا يختلف واعلم ان عتق أم الولد يتكرر بتكرر الملك كعتق المحارم يتكرر بتكرر الملك وتفسيره

في اللغة هو طلب الولد مطلقا
وفي الشرع هو طلب الولد من الامة
فهو من الاسماء الغالبة والمناسبة بين
البابين ان في المدبر وام الولد الملك
كامل والرق ناقص (ولدت أمة من
السيد لم تملك) الامة وهو قول عامة
الصحابة وبه قال جمهور الفقهاء

اذا أعتق أم ولده وارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها المولى فانها تعود أم ولد وكذلك لو ملك ذات رحم محرم منه وعتقت عليه ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها اعتقت عليه ثانيا وثالثا حموى عن قاضيخان ومقتضى قوله فى النهر بخلاف المدبر انه اذا ارتد ولحق بدار الحرب فسبى فاشتراه المولى لا يعود مدبرا (قوله وقال بعض العلماء وأصحاب الظواهر الخ) حكى عن أبى سعيد البردعى شيخ الكرخى انه خرج حاجا من بردعة فوصل يوم الجمعة بغداد فرأى بعد صلاة الجمعة قوما جلسوا للنظر وفيهم داود فسأله حنفى عن بيع أم الولد فقال يجوز بيعها لان بيعها كان جائزا قبل العلوق بالاجماع فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان ما ثبت باليقين لا يزول الا بيقين مثله فتحير الحنفى فانه لا يقبل القياس وخبر الواحد لا يوجب اليقين فقال أبو سعيد اجمعنا على عدم جواز بيعها بعد العلوق لان فى بطنها ولدا حرا فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر فتحير داود وانقطع فلما رأى وهنه ووهن أصحابه فى الفقه ترك الخروج الى الحج وجلس للتدريس فاجتمع عليه أصحاب داود وكان على ذلك حتى سمع ليلة مناديا يقول فاما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث فى الارض فما لبث ساعة أن قرع انسان بابه وأخبره بموت داود فاستقر أمره بعد ذلك زيلعى والبردعى بفتح الباء الموحدة وسكون الراء وفتح الدال المهملة وفى آخره العين المهملة نسبة الى بردعة بلدة باقصى اذربيجان وبعضهم يعجم الدال واسمه احمد بن الحسين والبرذعى بذال معجمة نسبة الحسن بن صفوان صاحب ابن أبى الدنيا شيخنا عن طبقات عبد القادر القرشى (قوله اذا ولدت من غيره يجوز بيعها) ولو كان ولدها من غيره انثى لم يجز له ان يستمتع بها فقولهم ولد ام الولد فى حكم أمه فيما لا مانع منه وقد وجد المانع وهو وطء أمها وهذه اجماعية وهى واردة على الاطلاق شرنبلالية عن الكمال ووجه الورود أنه يجوز له الاستمتاع بام ولده فلو كان ولد أم الولد فى حكم أمه من جميع الوجوه لحل الاستمتاع بولدها اذا كان أنثى وليس كذلك (قوله وتستخدم) لقيام ملكه كالمدبرة وفيه ايماء الى ان الكسب والعقر وارش الجناية له ولو باع خدمتها منها أو كاتبها على خدمتها جاز وتعتق يعنى اذا أدت ما قابل الخدمة من المال أو تمت مدة الخدمة التى وقعت الكتابة عليها نهر (قوله وتزوج) ولم يقل بعد استبرائها دلالة على انه لا يجب على المولى بل يندب فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت النكاح فسد لا لاكثر وان ادعاه المولى الا انه يعتق عليه نهر (قوله أى بعد اعتراف منه بالولد) الظاهر ان يقال أى بعد الولد مع الاعتراف به حموى (قوله ثبت نسبه بلا دعوة) لانه لما ادعى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا وقال عليه السلام الولد للفراش وصارت كالمنكوحة ولهذا لو أعتقها المولى أو مات عنها تجب عليها العدة بثلاث حيض هذا اذا لم تحرم عليه أما اذا حرمت عليه بوطء أمها ونحوه لم يثبت الا بالدعوة لانقطاع الفراش زيلعى وأراد بنحوه ما لو حرمت عليه بوطئه لبنتها أو وطئها ابنه أو أبوه أو حرمت عليه برضاع أو كتابة كما فى النهر أو كانت الحرمة بسبب ارضاعها زوجته الصغيرة أو بتزوجها كما فى الشرنبلالية ولا يخفى انه يجب ان يفصل بين ان تأتى به لاقل من ستة أشهر من حين عروض الحرمة أو لتمامها ففى الاول يجب ان يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بأن العلوق كان قبل عروض الحرمة نهر عن الفتح بقى ان ما سبق من تعليل الزيلعى المسئلة بأنه لما ادعى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا يقتضى انه لا فراش للامة ويخالفه ما فى صدر الشريعة حموى وأقول المسئلة مختلف فيها فمنهم من ذهب الى ان الفراش اثنان قوى وهو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش أم الولد فانتفى ولدها بمجرد النفى وولد المنكوحة باللعان كما فى الشرنبلالية عن الفتح وصرح فى الهداية بأن الامة ليست بفراش ومنهم من جعل الفراش ثلاثة كصاحب البدائع ويوافقه ما سبق فى فصل المحرمات قوى وهو فراش المنكوحة حتى يثبت النسب بلا دعوة ولا ينتفى الا باللعان وضعيف وهو فراش الامة حتى لا يثبت منه النسب الا بالدعوة والوسط فراش أم الولد حتى يثبت منه النسب من غير دعوة وينتفى من غير لعان ومنهم من جعل الفراش أربعة وزاد فراش المعتدة

وقال بعض العلماء وأصحاب الظواهر يجوز بيعها قيد بقوله من السيد لانها اذا ولدت من غيره يجوز بيعها وتمليكها اتفاقا (وتوطأ وتستخدم وتؤجر وتزوج فان ولدت بعده) أى بعد اعتراف منه بالولد الاول (ثبت نسبه) منه (بلا دعوة) مالم ينفه

وذكر انه أقوى من فراش المنكوحة لان نسب ولدها لا ينتفي أصلا كما في الدرأي لا ينتفي بنفيه ولا باللعان لعدم اللعان والمراد بالمعتدة المعتدة عن بائن شيخنا وهو ظاهر لان المعتدة عن رجعي لا تخرج عن كونها منكوحة فاذا كان الخ. ف في ان الامة هل لها فراش أم لا ثابتا فلا معنى لاستشكال الحموي ماذكره الزيلعي بأنه مخالف لما في صدر الشريعة (قوله بخلاف الولد الاول) والفرق ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد فاذا اعترف بالاول بقي الولد مقصودا منها فصارت فراشا كما سبق (قوله وقال الشافعي يثبت) اذا اعترف بالوطء وان عزل منها الا ان يدعي انه استبرأها بعد وطئها بحيضة لان في المنكوحة يثبت بالعقد المفضي الى الولد بواسطة الوطء فلان يكون الوطء نفسه مع كونه أكثر افضاء مثبتا للنسب أولى وبه أخذ مالك وأحمد ولنا انه لا فراش لها الا انها لو صارت فراشا بالوطء لوجب بزوال فراشها ما يسمى عدة فاذا كان كذلك لا يثبت الا باعترافه عيني و ينبغي ان يشهد يعني على اعترافه لئلا يسترق ولده بعد موته درر وأقول مقتضى ما سبق عن البرجندي معزيا الى القنية وأقره السيد الحموي عدم توقف ثبوت نسب ولد الامة على الدعوة بل يكفي السكوت عن نفيه فالدعوة انما تشترط من حيث القضاء فقط لا في نفس الامر (قوله و ينتفي بنفيه) من غير توقف على لعان الا اذا قضي به قاض غير حنفي يرى ذلك فيلزمه بالقضاء او تطاول الزمان وهو ساكت كما مر في اللعان لانه دليل الرضا فلا ينتفي بنفيه في هاتين الصورتين تنوير وشرحه زاد في الشرنبلالية مالو أعتقها فانه يثبت نسب ولدها الى سنتين من يوم الاعتاق كما اذا مات ولا يمكن نفيه لان فراشها تأكد بالحرية انتهى (قوله وحصنها) بالتشديد وهو عبارة عن حفظها عما يوجب ريبة الزنا (قوله وعن محمد الخ) الظاهر ان المراد بالعلم غلبة الظن ولن يغلب على ظنه كون الولد منه الا بالتحصين مع عدم العزل فيرجع حينئذ لما قاله الامام (قوله و يعتقها بعد موته) بأن يدبرها أو يوصي بعتقها حموي (قوله وعتقت بموته الخ) لانه عليه السلام أمر بعتق أمهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث نهر عن العناية (تتمة) سئل أبو بكر عن رجل مات وترك أم ولد هل يجب لها النفقة في ماله قال ان كان لها منه ولد فلها النفقة وان لم يكن لها منه ولد فلا نفقة لها حموي عن ابن الحلبي معزيا للقاضيخان (قوله من كل ماله) هذا اذا كان اقراره بالولد في الصحة أو المرض ومعها ولد أو كانت حبلى فان لم يكن شيء من ذلك عتقت من الثلث لانه عند عدم الشاهد أقر بالعتق وهو وصية نهر عن المحيط وغيره وقد تقدم قال واذا اعتقت فما في يدها للمولى الا اذا أوصى لها به كما في الخانية وعن محمد استحسن ان اترك لها ملحفة وقميصا ومقنعة اما المدبر فلا شيء له من الثياب كذا في المجتبى ولا فرق في ان ما في يد أم الولد للمولى بين ان تكون عتقت بموته أو بتنجيز العتق حموي عن شرح الوهبانية معزيا الى معين المفتي قال ولو كان في يد العبد مال وعليه ثياب وأعتق لم يكن له من ذلك الا ثوب واحد يستتر به فاذا كان في الثياب ما هو أجود فالرأي الى المولى فيختار له ثوبا منها يدفعه اليه على حسب ما تسمح به نفسه انتهى (قوله ولم تسع لغريمه شيئا) الظاهر ان يقال في شيء حموي وانما انتفت عنها السعاية لما ورد في الحديث الذي سبق في أمهات الاولاد من قوله عليه السلام وان لا يبعن في دين وكذا لا سعاية عليها للورثة نهر فلو أطلق المصنف نفي السعاية لكان أولى الا ان يقال ان ذلك مفهوم بالاولى لانه اذا انتفت عنها السعاية للغريم فيما اذا كان على المولى دين فلان تنتفي عنها السعاية للورثة بالطريق الاولى لانه انما يكون عند عدم الدين و يرد على المصنف ما في شرح المجمع لابن الضياء ان الراهن اذا استولد المرهونة معسرا تسعى في دينه ولا ترجع عليه انتهى وقد يقال بعدم الورود لان المصنف نفي عنها السعاية بعد موته وهذه تلزمها السعاية في حياته بدليل قوله ولا ترجع عليه وانما لزمتها السعاية في دينه الذي ارتهنت به لان حق المرتهن تعلق بها قبل الاستيلاد حموي بقي ان يقال ظاهر كلام شرح المجمع يقتضي انه يجوز للراهن وطء الامة المرهونة وليس كذلك ففي الدرر وعزمي زاده على ما يشير اليه سياق كلامهما ان الراهن لا يجوز له وطء الامة ولا لبس الثوب وان كان باذن المرتهن اما غير الوطء واللبس فيجوز لكل من الراهن والمرتهن ان

(بخلاف) الولد (الاول) فانه لا يثبت نسبه منه مالم يقر بالنسب وقال الشافعي ثبت نسبه منه بلا دعوة ان كان مقرا بالوطء (وينتفي) نسب الولد الثاني (بنفيه) مطلقا وعن أبي حنيفة اذا وطئها ولم يعزل عنها وحصنها فعليه ان يدعي نسب ولدها وليس له ان ينفيه فيما بينه وبين الله تعالى ولو عزل عنها أو لم يحصنها له ان ينفيه وعن أبي يوسف انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى ولدت فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها وعن محمد انه قال لا ينبغي ان يدعي النسب اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي ان يعتق الولد و يستمتع بها و يعتقها بعد موته (وعتقت) أم الولد (بموته من كل ماله ولم تسع لغريمه) شيئا

ينتفع بالرهن اذا كان باذن الآخر شيخنا (قوله ولو اسلمت أم ولد النصراني) أراد به الكافر نهر
(قوله أو مدبرته) فالمدبرة كأم الولد تجب السعاية على كل منهما غير ان أم الولد تسعى في ثلث قيمتها
وللمدبرة في الثلثين ولم أر ان المكاتبة كأم الولد أم لا ثم ظهر ان التقييد بأم الولد والمدبرة ليعلم الحكم
في المكاتبة بالاولى لان وجوب السعاية عليها ثابت قبل اسلامها (قوله قومت قيمة عدل) أي قومها
عدل حموي وهي وان كانت عند الامام غير متقومة الا ان الذمي يعتقد تقومها وقد قال علماؤنا خصومة
الذمي والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم نهر وذكر في الخانية من الغصب مسلم غصب من ذمي
مالا أو سرقه فانه يعاقب عليه يوم القيامة لانه أخذ مالا معصوما والذمي لا يرجى منه العفو بخلاف المسلم
فكانت خصومة الذمي أشد وعند الخصومة لا يعطى ثواب طاعة المسلم للكافر لانه ليس من أهل
الثواب ولا وجه لانه يوضع على المسلم وبال كفر الكافر فيبقى في خصومته وعن هذا قالوا ان خصومة الدابة
تكون اشد من خصومة الآدمي على الآدمي انتهى (قوله وهي كالمكاتبة) الا انها لا ترد الى الرق
بعجزها نهر ولا حاجة الى مازاده بعضهم من قوله والمدبر اذا اسلم كأم الولد لتصريح الشارح به حيث
قال ولو اسلمت ام ولد النصراني أو مدبرته كما سبق (قوله وقال زفر تعتق في الحال) لان في استدامة الملك
عليها ذلا وازالة ذل الكافر عن المسلم واجبة وذلك بالبيع أو العتق وقد تعذر الاول فتعين الثاني ولنا انه
تعذر ابقاؤها في ملك المولى ويده وتعذر ازالة ملك الذمي مجانا لان ملكه محترم فتخرج الى الحرية
بالسعاية نظرا للجانبين فلو قلنا بزوال ملكه في الحال تتوانى في الاكتساب لحصول مقصودها بخلاف
ما اذا لم تعتق لانها تنشط وتجتهد على الاكتساب لتنال شرف الحرية زيلعي (قوله وان مات مولاها
عتقت بلا سعاية) ولو ماتت هي ومعها ولد ولد في سعايتها سعى فيما عليها نهر عن المحيط (قوله وان ولدت
بنكاح) ولو فاسدا أو مشروطا فيه كونها حرة الاصل فاذا هي امة أو وطء بشبهة نهر وظاهر اطلاقه عدم
اشتراط الدخول لو كان فاسدا وهو خلاف ما في الشرنبلالية عن الفتح حيث قال وهذا اذا اتصل به
الدخول انتهى (فرع) ام الولد اذا نكحت نكاحا فاسدا ودخل بها الزوج وجاءت بولد ثبت النسب من
الزوج وان ادعاه المولى لان النكاح الفاسد اقوى من استلحاق النسب حموي عن الظهيرية (قوله ثم
ملكها بشراء أو غيره) وسواء ملكها كلها أو بعضها نهر ومازيد في كلام بعضهم من قوله بأي سبب كان
لا حاجة اليه لانه مستغنى عنه بقول الشارح بشراء أو غيره (قوله فهي ام ولده) من وقت ملكها الا من
وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب منه واثر الخلاف يظهر فيما لو ملك ولدها من غيره قبل ان
يملكها يجوز بيعه عندنا خلافا له بخلاف الحادث في ملكه من غيره فانه في حكم امه ومعلوم ان أولاده منها
احرار بملكه لهم نهر (قوله خلافا للشافعي) لقوله عليه السلام ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة
عن دبر منه شرط لثبوت العتق لها ان تكون الولادة من سيدها وهذه ولدت من زوجها الا من سيدها
ولانها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له لان ثبوت امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك
الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية والجزئية تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل واحد
منهما كملا وقد ثبت النسب فثبتت الجزئية بانتساب الولد اليهما ولا معتبر بما ذكر من جزئية الجنين
لانه لو اعتق ما في بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته ولو كان لاجل الاتصال بها لثبت ولا حجة له فيما
روى لانه لا نص فيه على ان العلوق وجد في ملكه وهو نظير ملك القريب فانه لا يشترط لعتقه ان
يكون حادثا في ملكه ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها صارت أم ولد له عندنا وله فيها
قولان زيلعي واحترز بالنكاح عما لو ولدت بالزنا ثم ملكها الزاني لا تكون أم ولد له خلافا لزفر
وانما يعتق عليه باعتبار انه جزؤه حقيقة بغير واسطة فكانت أم الولد بالزنا نظير من اشترى أخاه من
الزنا حيث لا يعتق عليه الا ان يكون أخاه من امه كما في النهاية قال السيد الحموي من هذا يخرج جواب
حادثة الفتوى وهي جارية هربت عند رجل ووطئها وولدت منه هل اذا ضمن قيمتها تصير أم ولد له فيمتنع

(ولو اسلمت أم ولد النصراني) أو مدبرته قومت قيمة عدل و (سعت في قيمتها) وهي كالمكاتبة لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض الاسلام على المولى فأبى فان اسلم بقيت على حالها وان مات مولاها عتقت بلا سعاية وانما قيد بأم الولد لانه لو اسلم عبد النصراني أو امته وعرض على المولى الاسلام فأبى يجبر على بيعه (وان ولدت بنكاح فملكها) أي اذا تزوج رجل امة فولدت ثم ملكها بشراء أو غيره (فهي أم ولده) عندنا خلافا للشافعي (ولو ادعى ولد امة

عليه بيعها وتمليكها انتهى ووجه العلم بجوابه ما علم من انه اذا ملكها بعد أن ولدت من الزنا لا تصير ام ولده خلافا لزفر فعلى هذا لا يمتنع عليه بيعها ولا تمليكها (قوله مشتركة بينهما) عم كلامه ما اذا كان الشريك ابا وهو من العجب اذ يجب هنا العقر ولو كانت للابن خاصة لا يجب والفرق ان الوطء هنا لم يصادف محلا خاليا عن الملك وشبهته فلا يحتاج الى اثبات الملك فى الكل فيجب نصف العقر كما فى الاجنبى بخلاف ما اذا كانت للابن خاصة حموى عن ابن الضياء (قوله ثبت نسبه من المدعى) مسلما كان أو كافرا صحيحا أو مريضا حرا أو مكاتبا فان عجز كان له بيعها كما فى الظهيرية وفيها اخوان اشتريا أمة حاملا فجاءت بولد فادعاه أحدهما فعليه نصف قيمة الولد ولا يعتق بالقرابة لان الدعوة لما تقدمت أضيف الحكم اليها نهر (قوله ولزمه نصف قيمتها) يوم العلوق لان أمومية الولد تثبت من ذلك الوقت ولا يختلف بين ان يكون موسرا أو معسرا لانه ضمان تملك بخلاف ضمان العتق على ما عرف فى موضعه زيلعى وكما تعتبر القيمة يوم العلوق فكذا العقر شرنبلالية عن الفتح (قوله ولزمه نصف عقرها) لانه وطئ جارية مشتركة اذ ملكه ثبت بعد الوطء حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه حيث لا يجب عليه العقر زيلعى والفرق بين استيلاد الاب لها ولا ملك له فيها وبين كونه شريكا لابنه فيها انه اذا لم يكن له فيها ملك مست الحاجة الى اثبات الملك فيها سابقا على الوطء نفيا له عن الزنا فلا عقر واذا كان له فيها ملك كفى لذلك فعليه نصف العقر شرنبلالية وبه يتضح ما سبق عن ابن الضياء (قوله لا قيمته) لانه علق حر الاصل اذ النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فيحدث الولد على ملكه فلم يعلق منه شئ على ملك شريكه زيلعى (قوله عبارة عن مهر المثل بكم تستأجر) الظاهر ان فى العبارة سقطا والاصل وقيل ينظر بكم الخ كما يدل على ذلك قوله فالقدر الذى تستأجر به على الزنا يجعل عقرها وفى السراج والعقر اذا ذكر فى الحرائر يراد به مهر المثل واذا ذكر فى الاماء فهو عشر قيمتها ان كانت بكرا وان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها وفى الفيض للكركى وقيل فى الحرائر ينظر الى مثل تلك الجارية بكم تزوج فيعتبر بذلك وهو المختار حموى (قوله وان ادعياه الخ) فرضها فى الاثنين لعدم الاختلاف فيهما وان كان عند الامام يثبت من أكثر خلافا للثانى وقصره محمد على ثلاثة وزفر على خمسة وفى الغاية لو تنازع فيه امرأتان أو أكثر قضى به بين الكل عند الامام خلافا لهما ولو امرأة ورجل قضى به بينهما عنده أيضا وقالا للرجل ولو كانت المنازعة بين رجلين وامرأتين كل يدعى انه ابنه من هذه المرأة قضى به بين الرجلين فقط نهر (قوله معا) أو جهل السابق در (قوله ثبت نسبه منهما) ثم لا يثبت نسب ولد ثان بلا دعوة لحرمة الوطء در (قوله اذا كان العلوق فى ملكهما) فلا تصير المشتراة حبلى أم ولدهما بادعائهما ولدها لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف دعوة الاستيلاد فان شرطها كون العلوق فى الملك شرنبلالية عن الفتح وفيها ان الولاء فيه يثبت لكل منهما اذا ادعياه ولو كان العلوق فى ملك أحدهما ثم صار لآخر شركة فيها ثم ادعياه فالولد لمن حصل العلوق فى ملكه كما فى المفتاح وفى الدر وبادعاء أحدهما يعنى بعد ما اشترياها حبلى يضمن نصف قيمة الولد لا العقر انتهى (فرع) قال احدا كما أم ولدى ومات قبل البيان كان البيان للورثة حموى عن قاضيخان (قوله الا اذا كان أحد الشريكين أب الآخر) وبه عرف انه لو ادعاه الابن والاب والجد قدم الجد نهر عن الظهيرية (قوله فحينئذ دعوة الاب والمسلم أولى) ويقدم الحر على العبد والذمى على المرتد والكتابى على المجوسى ومن تقدم نكاحه حتى لو كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا فاشترياها معا فولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الشراء فادعياه فهى أم ولد للناكح أولا قيد بادعائهما النسب لانه لو ادعى أحدهما العتق والآخر النسب قدم الثانى نهر وقوله والذمى على المرتد مخالف لما فى الزيلعى ونصه والمرتد أولى من الذمى ثم رأيت الشيخ شاهين كتب ما نصه قوله والذمى على المرتد قال فى الفتح ولو كانت الدعوة بين ذمى ومرتد فالولد للمرتد لانه أقرب الى الاسلام ومثله فى الزيلعى فما هنا سبق قلم انتهى وأقول فى كونه سبق قلم نظر لان ما فى البحر والدر موافق لما

مشتركة) بينهما (ثبت نسبه) من المدعى (وهى) كلها (أم ولده ولزمه نصف قيمتها) لشريكه يوم العلوق (و) لزمه (نصف عقرها لا قيمته) أى قيمة ولده وفى المبسوط العقر عبارة عن مهر المثل بكم تستأجر على الزنا نعوذ بالله تعالى من ذلك مع جمالها لو جاز الاستئجار على الزنا فالقدر الذى تستأجر به على الزنا يجعل عقرها (وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) اذا كان العلوق فى ملكهما الا اذا كان أحد الشريكين أب الآخر أو كان مسلما والآخر ذميا فحينئذ دعوة الاب والمسلم اولى

فى النهر

فى النهر وأيضا السيد الحموى نقل عبارة النهر وأقرها فالظاهر انه قول مقابل (قوله وقال الشافعى يرجع فيه الى قول القافة) لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يخلق من ماءين متعذر وقد سر عليه السلام بقول القائف فى اسامة بن زيد ولان النسب مما لا يتجزأ فلا تتصور فيه الشركة كالنكاح ولنا كتاب عمر الى شريح لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقى منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير وهو مذهب على وابن عباس وزيد بن ثابت وسر والنبى صلى الله عليه وسلم كان لقطع طعن المشركين فانهم كانوا يطعنون فى نسب اسامة بن زيد لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدون ان القائف يعلم ذلك فلما قال القائف هذه الاقدام بعضها من بعض انقطع طعنهم ولزم الحجة على زعمهم فسر عليه السلام لذلك لا لان قول القائف حجة والنسب وان كان لا يتجزأ لكن يتعلق به أحكام متجزئة كالميراث والنفقة والحضانة والتصرف فى المال وأحكام غير متجزئة كالنسب وولاية الانكاح فما يقبل التجزئة يثبت بينهما على التجزئة وما لا يقبلها يثبت فى حق كل منهما على الكمال كأنه ليس معه غيره زيلعى (قوله وهى أم ولدهما) لان دعوة كل منهما فى نصيبه راجحة على صاحبه فتتبعه الام وتخدم كلا منهما يوما واذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحى فى تركة الميت ولا سعاية عليها عند الامام وتسعى عندهما فى نصف قيمتها ولو أعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية عليها عنده وعندهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا نهر عن الفتح (قوله نصف العقر) لان الوطء فى المحل المحترم لا يخلو عن عقر أو عقر وقد تعذر الاول للشبهة فتعين الثانى نهر (قوله وتقاصا بماله على الآخر) من قيمة نصفها ونصف عقرها (قوله قلنا فيه فائدة) ومن فوائده انه لو قوم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له ان يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ولو كان نصيب أحدهما أكثر كان له أخذ الزيادة وكذا الغلة والكسب والخدمة نهر عن البدائع ولم أر من فرق بين الغلة والكسب والظاهر ان الغلة كالعقر وارش الجناية بخلاف الكسب فانه الحاصل من تجارة أو زراعة (قوله وورثا منه الخ) فان مات أحدهما يرث الباقى جميع الميراث ولا يكون نصفه للباقى ونصفه لورثة الميت كذا قالوا وفيه انه على هذا ينبغى ان تكون أمه أم ولد للباقى فلا يعتق شئ منها بموت أحدهما كما لا يخفى ولم أجد التصريح به حموى عن يعقوب وجواب هذا البحث المخالف للمنقول يعلم بالتدبر وهو ان عدم توريث ورثة من مات لوجود المانع لكونهم محجوبين بأبوة الباقى لثبوتها له كملا ولا مانع لما مس العتق بموته فظهر الفرق والحاصل انها تعتق بموته باتفاق الامام وصاحبيه وانما الخلاف فى وجوب السعاية عليها للباقى فتسعى له فى نصف قيمتها عندهما لا عنده كما سبق (قوله فيقتسمانه نصفين) وان كان أحدهما أكثر نصيبا من الآخر لعدم تجزئ النسب ويتبعه الارث والولاء تنوير وشرحه (قوله لزمه النسب) لان غاية أمره ان يكون كالاجنبى ولو ادعى ولد جارية أجنبى فصدقه المولى ثبت نسبه فهذا كذلك لانه لو ادعى ولدها مكاتبته لم يشترط تصديقها وخيرت بين البقاء على كتابتها وأخذ عقرها وبين ان تعجز نفسها وتصير أم ولد نهر عن الدراية (قوله والعقر) لانه وطء بغير نكاح ولا ملك يمين وقد سقط عنه الحد للشبهة درر (قوله وقيمة الولد) لانه فى معنى ولد المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه الا ان القيمة هنا تعتبر يوم الولادة وولد المغرور يوم الخصومة نهر (قوله وعن أبى يوسف انه لا يعتبر تصديقه) لان الجارية كسب كسبه فصار كجارية الابن وجه الفرق ان للاب ان يتملك مال ابنه اذا احتاج اليه ولهذا لا يجب عليه عقرها ولا قيمة الولد وتصير أم ولد له وليس للمولى ان يتملك مال مكاتبه لانه بالعقد حجر على نفسه ولهذا يجب عليه عقرها وقيمة الولد ولا تصير أم ولد له فيشترط تصديقه بخلاف ما اذا وطئ المكاتبة فجاءت بولد فادعاه حيث يثبت نسبه ولا يشترط تصديقها درر (قوله ولم تصر الامة أم ولده) لانه لا ملك له فيها حقيقة وماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل وتقديم الملك بخلاف جارية الابن لانه ليس للاب فيها حقيقة الملك ولا حقه وانما له حق التملك وذلك غير كاف لصحة

وقال الشافعى يرجع فيه الى قول القافة جمع قائف وهو الذى يعرف آثار الآباء فى الابناء أى يعرف شبه الاولاد بالآباء (وهى) أم ولدهما (وعلى كل واحد) من الشريكين يجب (نصف العقر) خلافا للشافعى ثم يتقابل (وتقاصا) بماله على الآخر فان قيل الحقان فيسقطان بالمقاصة فانه يصير لا فائدة فى وجوب العقر لانه يصير قصاصا قلنا فيه فائدة فربما يبرئ أحدهما الآخر من حقه فيبقى حق الآخر فتتوجه المطالبة (وورث) الابن (من كل) واحد منهما (ارث ابن) (وورثا منه) أى من الابن (واحد) فيقتسمانه نصفين كامل (ارث أب) (ولو ادعى) المولى (ولد أمة مكاتبه) وصدقه المكاتب لزمه (النسب والعقر وقيمة الولد) وعن أبى يوسف انه لا يعتبر تصديقه (وان كذبه) المكاتب فى النسب (لم يثبت النسب) (ولم تصر) الامة (أم ولده) منه

الاستيلاد فاحتجنا الى نقلها الى ملك الاب لصحة الاستيلاد زيلعى (قوله ولو ملكه يوما يثبت نسبه منه) وتصير أمه أم ولد له أيضا اذا ملكها الان الاقرار باق وهو الموجب وزال حق المكاتب وهو المانع درر (خاتمـــة) صدقة فطر الولد اذا ادعى الشريكان نسبه عليهما لكن عند أبى يوسف على كل واحد منهما صدقة تامة وعند محمد عليهما صدقة واحدة واما الام فلا يجب على واحد منهما صدقتها اتفاقا بحر (فروع) ام الولد لا تغسل مولاها بعد الموت ولا تملكه بالاسر ويجب صدقة فطرها على المولى ويجوز لها السفر بغير محرم وتصلى بغير قناع حموى عن قاضيخان ولو أراد وطء امته ولا تصير أم ولده يملكها لطفله ثم يتزوجها درر والله اعلم

(كتاب الايمان)

اشترك كل من اليمين والطلاق والعتاق والنكاح فى ان الاكراه والهزل لا يؤثر فيه غير انه قدم النكاح لقربه من العبادة وأولاه الطلاق لانه رفعه بعد تحققه ثم ذكر العتاق بعده لمشاركته الطلاق فى تمام معناه الذى هو الاسقاط واعلم ان مفهوم اليمين لغة جملة أولى انشائية صريحة الجزءين تؤكد بها جملة بعدها خبرية وخرج بانشائية تعليق نحو الطلاق والعتاق فان الاولى ليست بانشاء نهر فليست التعاليق ايمانا لغة ويعكر عليه ماسيأتى عن البحر (قوله وهو فى اللغة القوة) عبارة النهر واليمين لغة لفظ مشترك بين الجارحة والقوة والقسم الا ان قولهم كما فى المغرب وغيره سمى الحلف يمينا لان الحالف يتقوى بالقسم أو انهم كانوا يتماسكون بأيمانهم عند القسم يفيد كما فى الفتح ان لفظ اليمين منقول اه وفيه نظر فان المنقول يهجر فيه المعنى الاصلى وهذا ليس كذلك حموى قال وبين مفهوم اليمين اللغوى والشرعى عموم وخصوص من وجه لتصادقهما فى اليمين بالله وانفراد اللغوى فى الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الشرعى فى الحلف فى التعليقات اه (قوله وفى الشرع الخ) عبارة الملتقط اليمين فى الشرع عبارة عن تقوية الخبر بذكر الله تعالى أو صفاته على وجه مخصوص أو تعليق الجزاء بالشرط على وجه ينزل الجزاء عند وجود الشرط والنوع الاول يختص باسم القسم والنوع الثانى بمصطلحات الفقهاء والمصنف خص النوع الاول بالذكر لان الكفارة انما تكون فيه وأيضا يمين اللغو انما يكون فيه وأما الطلاق والعتاق والنذر فلا يكون لغوا اه واليمين بالله تعالى وصفاته لا يكره لكن تقليله أولى من تكثيره حموى وركنها اللفظ المستعمل فيها وشرطها كون الحالف مكلفا مسلما زاد فى الدراية الحرية وتبعه الشمنى وهو سهو لقولهم ان العبد اذا حنث يكفر بالصوم وسببها الغائى ايقاع صدقه فى نفس السامع تارة وأخرى حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك وحكمها وجوب البر فيما اذا حلف على طاعة أو ترك معصية والحنث فيما اذا حلف على ضدهما وندبه فيما اذا كان عدم المحلوف عليه جائزا نهر ولم يذكر امكان البر مع انه شرط انعقادها خلافا لابى يوسف ولا الكفارة مع انها من حكمها (فرع) فى البحر عن الولوالجية من أراد أن يحلف بالله تعالى فقال خصمه لا أريد الحلف بالله تخشى على ايمانه (قوله احد طرفى الخبر) هما الصدق والكذب أو النفى والاثبات وهذا أولى لقول المحققين ان له طرفا واحدا هو الصدق والكذب احتمال عقلى والاول هو المشهور ولهذا اقتصر عليه فى النهر وغيره كالعينى معللا بان من شأن الخبر احتماله للصدق والكذب (قوله بالمقسم به) سواء كان اسما من أسمائه تعالى أو صفة أو التزام مكروه كفرا وزوال ملك فدخلت التعاليق نهر والحاصل ان التعليق يمين شرعا الا فى خمس مذكورة فى الاشباه فلو حلف لا يحلف حنث بطلاق وعتق درأى بتعليق طلاق وتعليق عتق وفى البحر عن البدائع التعليق يمين فى اللغة أيضا لان محمدا أطلق عليه يمينا وقوله حجة فى اللغة وذكر ان فائدة الخلاف تظهر فيمن حلف لا يحلف ثم حلف بالطلاق أو العتاق فعند العامة يحنث وعند اصحاب الظواهر لا يحنث اه

(قوله

هذا آخر الجزء الثانى باعتبار أصل التجزئة

ولو ملكه يوما ثبت نسبه منه وسيجئ ان شاء الله تعالى فى كتاب المكاتب

(كتاب الايمان)

جمع يمين وهو فى اللغة عبارة عن القوة وفى الشرع (اليمين تقوية احد طرفى الخبر) بالمقسم به

(قوله فلفه على ماض الخ) شروع فى الكلام على تقسيم اليمين بالله لا بغيره الى غموس ولغو ومنعقدة ووجه الحصر كافى الزيلعى انه لا تخلو اما ان يكون فيها مؤاخذة أولا الثانى لغو والاول لا يخلو اما ان تكون المؤاخذة دنيوية أوعقوبة فالاول المنعقدة والثانى الغموس اه وتقييده اليمين بكونها بالله للاحتراز عما لو كانت بغيره لان كلا من الغموس واللغو لا يتصور فى اليمين بغيره لان تعليق الطلاق والعتاق والنذر بأمر كائن فى الماضى لا يتحقق فيه اللغو والغموس لان الطلاق يقع به وكذا العتاق والنذر وسواء كان وقت اليمين عالما أولم يكن فان قلت هذا منقوض بما لو قال هو يهودى أونصرانى ان فعل كذا لشئ قدفعله فانه غموس مع انه ليس يمينا بالله تعالى قلت هو كناية عن اليمين بالله تعالى وان لم يعقل وجه الكناية كما فى البدائع فان قلت يرد على الحصر فى الثلاثة مالو قال والله انى لقائم الآن فى حال قيامه فانها يمين مع انها ليست منها قلت نقل فى النهر عن صدر الشريعة انه أجاب بأن المراد بها اليمين التى اعتبرها الشرع ورتب عليها الاحكام ورده فى البحر بان عدم الاثم فيها حكم وفيه نظر اه قال فى الدرر والمراد بترتب الاحكام ترتب المؤاخذة الاخروية على الغموس وعدمها على اللغو والكفارة على المنعقدة اه ثم رأيت فى حاشية نوح أفندى ذكر وجه الكناية حيث قال لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره فجعلناه يمينا اه (قوله كذبا) حال من فاعل المصدر وقوله عمدا صفة مصدر محذوف والتقدير حلف الشخص كذبا عمدا ويجوز أن يكونا حالا من فاعل المصدر أيضا وعليه فهما من الاحوال المتداخلة أوالمترادفة حموى قال ويجوز أن يكونا صفتى مصدر محذوف أى حلفه حلفا كذبا عمدا قلت وهذا أحسن لما ذكره السيد الحموى من ان وقوع المصدر حالا مقصور على السماع (قوله لانه يغمس صاحبه الخ) فان قلت ان الغموس ليست بيمين حقيقة لانها كبيرة محضة واليمين عقد مشروع والكبيرة ضد المشروع قلت سميت يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة بصورة اليمين كما سمى بيع الحر بيعا لوجود صورة البيع فيه بحر عن المبسوط (قوله لان حلفه على اثبات شئ اونفيه فى الحال كذبا الخ) كوالله ماهذا على دين وهو يعلم خلافه نهر (قوله وظنا الغو) تقدم ان تقسيم اليمين الى هذه الاقسام الثلاثة بالنظر لخصوص اليمين بالله وفى الشرنبلالية لا لغو فى الحلف بغير الله لما فى الاختيار روى ابن رستم عن محمد لا يكون اللغو الا فى اليمين بالله لان من حلف بالله على أمر يظنه كما قال وليس كذلك لغا المحلوف عليه ويبقى قوله والله فلا يلزمه شئ وفى اليمين بغير الله تعالى يلغو المحلوف عليه ويبقى قوله امرأته طالق أوعبده حر أوعليه حج فيلزمه اه واعلم ان تقييد الشارح بالماضى فى جانب اللغو اتفاقى أو اكثرى كذكره فى جانب الغموس ولهذا ترك التقييد به فى الدرر حيث عرفها بقوله وهى حلفه كاذبا يظنه صادقا كما اذا حلف ان فى هذا الكوز ماء بناء على انه رآه كذلك ثم أريق ولم يعرفه الخ ومثله فى التنوير مع زيادة قوله فى الدر فى ماض أوحال (قوله وعند الشافعى يمين اللغو الخ) والاصح ان اللغو متفق على عدم المؤاخذة به سواء فسرناه بالتفسير الذى ذهب اليه أئمتنا أو بالتفسير الذى ذهب اليه الامام الشافعى فما فى الدرر بعد قوله فى جانب اللغو مفسرا بما ذهب اليه أئمتنا ويرجى عفوه تبعا لمحمد بن الحسن حيث علقه بالرجاء فقال نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها من قوله فان قيل مامعنى تعليق عدم المؤاخذة بالرجاء وقد قال الله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم قلنا نعم لا شك فى نفى المؤاخذة فى اللغو المذكور فى النص وانما الشك فى كون الصورة التى ذكرناها لغوا فان اللغو عند الشافعى ان يجرى على لسانه بلا قصد الخ لا يتم فالاوجه ماقيل ان محمدا لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله تعالى والتأدب فهو كقوله عليه السلام لاهل المقابر وانا ان شاء الله بكم لاحقون شرنبلالية عن المنح والاختيار (قوله واثم الحالف الخ) لقوله عليه السلام الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس وقال عليه السلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة فقال رجل وان كان يسيرا قال وان كان قضيبا من أراك وقال عليه السلام اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع أى خالية زيلعى (قوله دون

(فلفه على) اثبات أمر (ماض) او نفيه حال كونه (كذبا عمدا غموس) هو فعول بمعنى فاعل لانه يغمس صاحبه فى الاثم ثم فى النار واعلم ان التقييد بالماضى اتفاقى أو اكثرى لان حلفه على اثبات شئ أونفيه فى الحال كذبا عمدا غموس ايضا (و) حلفه على ماض كذبا (ظنا لغو) وعند الشافعى يمين اللغو ان يجرى على لسانه بلا قصد سواء كان فى الماضى أوفى الآتى بان قصد التسبيح فجرى على لسانه اليمين (واثم الحالف) (فى الاول) فيستغفر ويتوب (دون الثانى)

الثاني) لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والمراد القصد لانه فعل القلب والمراد بالمؤاخذة الكفارة لانه تعالى فسرها بها في آية أخرى بقوله عز وجل ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد بالعقد القصد أيضا وفيه توفيق بين الآيتين زيلعي (قوله وحلفه على آت) سواء كان في الفعل نحو والله لاعطين زيدا أو الترك كوالله لا أكلم زيدا فبره على الفعل ان يفعل مرة وفي الترك ان يتركه أبدا فتى فعل مرة فقد حنث فتلزمه الكفارة عيني واعلم ان الفعل المقابل للترك مفتوح الفاء لا ماهو مصطلح النحاة ولا مصطلح المتكلمين والمشهور المكسور الا انه بمعنى المفتوح فانه وان كان لغة اسما للاثر المترتب على المعنى المصدري الا ان الاسم يستعمل بمعنى المصدر قهستاني واشار الشارح حيث أقحم لفظة أمر الى ان آت صفة موصوف محذوف قال صدر الشريعة الاحسن ان يقال وآت بترك كلمة على ليكون معطوفا على ماض وغير محتاج الى تقدير اه واعلم ان اليمين المنعقدة على أنواع منه ما يجب الحنث فيه كهجران المسلم ومنه ما يجب فيه البر كفعل الفرائض ومنه ما يستوي فيه البر والحنث كسائر المباحات برجندي ولكن حفظ اليمين أولى أي البر فيها أولى من الحنث كما في المنتقى حموي (قوله منعقد) أي على أمر يفعله أو لا يفعله ويجب أن يراد بالفعل فعل الحالف ليخرج نحو والله لا أموت ولا تطلع الشمس فانها في هذين غموس نهر (قوله لا في الغموس واللغو) أشار الشارح به الى ان تقييد المصنف بفقط للاحتراز عن مذهب الامام الشافعي من وجوب الكفارة عنده في الغموس فلا ينافي أن في المنعقدة اثما الا كما فهمه الزيلعي من ان التقييد به للاحتراز عن الاثم في المنعقدة فلهذا اعترض بانه لا معنى لقوله فقط لان في اليمين المنعقدة اثما أيضا ولفظ الكفارة ينبئ عنه وهي لا تجب الا لرفع الاثم اه (تتمة) الكفارة ترفع الاثم وان لم يتب تنوير (قوله وعند الشافعي في الغموس كفارة أيضا) لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد كاذبا فأشبه المعقود ولنا قوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وعد منها اليمين الفاجرة وقال ابن مسعود وابن عباس كنا نعد اليمين الغموس من الكبائر التي لا كفارة فيها وهو اشارة الى الصحابة وحكاية لاجماعهم زيلعي (قوله ولو كان الحالف) أي المفهوم من الحلف حموي (قوله أو ناسيا) أراد به المخطئ كما اذا أراد أن يقول اسقني الماء فقال والله لا أشرب الماء والمجئ الى ذلك ان حقيقة النسيان في اليمين لا تتصور زيلعي وقال العيني بل تتصور بأن حلف ان لا يحلف ثم نسي الحلف السابق فحلف ورده في البحر بانه فعل المحلوف عليه لا ان حلفه كان ناسيا اه وفيه نظر اذ فعل المحلوف عليه ناسيا لا ينافي كونه يمينا بدليل انه يكفر مرتين مرة باعتبار انه فعل المحلوف عليه وأخرى باعتبار حنثه في اليمين نهر واعلم انه يلزم على تفسير الناسي هنا بالمخطئ وفي الحنث بحقيقته استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه شرنبلالية (فرع) رجل حلف ان لا يفعل كذا فنسي انه كيف حلف بالطلاق او بالصوم قالوا لا شئ عليه الا ان يتذكر بحر عن الخانية والحنث هو الخلف في اليمين واصله الاثم يقال بلغ الغلام الحنث أي المعصية لانه اذا وقع منه الخلف في اليمين اثم لانه هتك حرمة اسم الله تعالى حموي عن البرجندي (قوله أو حنث كذلك) لان الفعل حقيقة لا ينعدم بالاكراه والنسيان وهو الشرط كذا قالوا وهذا يفيد ان معنى الاكراه عليه انه اكره ان يفعل المحلوف عليه ولو لم يفعله كما لو حلف لا يشرب فصب الماء في حلقه مكرها فلا حنث عليه نهر ومقتضى قوله فصب مكرها انه لو كان بدون الاكراه يحنث فيشكل بما يأتي ولو حلف لا يخرج فاخرج محمولا لا يحنث مطلقا ولو كان راضيا بالاخراج حيث لم يكن بامره فقياسه عدم الحنث هنا بالصب أيضا ولو برضاه ثم ظهر الفرق وهو أنه في مسئلة الاخراج لم يوجد المحلوف عليه أصلا بخلاف ما هنا لانه بابتلاع الماء بعد صبه اختيارا يكون آتيا بالمحلوف عليه وهو الشرب (قوله بفعل المحلوف عليه) لا جائز ان تكون الباء صلة قوله مكرها فانه يتعدى بعلى ولا جائز أن تكون صلة قوله ناسيا لانه يتعدى بنفسه بل زائدة وصلة قوله مكرها محذوفة والتقدير ولو حنث مكرها على فعل المحلوف عليه أو ناسيا المحلوف عليه حموي ولا يخفى ما فيه من التكلف

و) حلفه (على) أمر (آت) مستقبل (منعقد وفيه الكفارة) عند الحنث (فقط) لا في الغموس واللغو وعند الشافعي في الغموس كفارة أيضا (ولو) كان الحالف (مكرها أو ناسيا) وقال الشافعي لا ينعقد يمينهما حتى لا تجب الكفارة (او حنث كذلك) اى ولو حنث مكرها اوناسيا بفعل المحلوف عليه وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون

والاولى جعل الباء متعلقة بحنث فى كلام الشارح أو كلام المصنف (قوله واليمين بالله) أى اليمين بمعنى
الحلف الصادق بالقسم وبالتعليق بالتزام مكروه وعلى هذا ففى كلامه استخدام وقع بين ظاهر بن حموى
واطلق فى قوله واليمين بالله فعم مالو كان برفع الهاء أو نصبها او حذفها وكذا واسم الله كخلاف النصارى وكذا
باسم الله عند محمد ورجحه فى البحر درلكن نقل الحموى عن ابن الحلبى لوقال باسم الله لا افعل اختلفوا والمختار
لا يكون يمينا انتهى فقد اختلف الترجيح وذكر الولوالجى رجل قال لآخر الله لتفعلن كذا أو قال والله
لتفعلن كذا وقال الآخر نعم ان أراد كل من المبتدئ والمجيب الحلف يكون كل منهما حالفا لان قوله نعم
جواب والجواب يتضمن اعادة ما فى السؤال فيصير كانه قال نعم والله لافعلن وان أراد المبتدئ الاستحلاف
واراد المجيب الوعد فلا يمين وان أراد المبتدئ الاستحلاف واراد المجيب الحلف فالمجيب الحالف والمبتدئ
لا لان كلا منهما نوى ما يحتمله وان لم ينو واحد منهما شيئا ففى قوله الله الحالف هو المجيب وفى قوله والله
الحالف هو المبتدئ انتهى (قوله والرحمن الخ) أفاد باطلاقه انه لا يتوقف على النية ولا على العرف بل هو
يمين تعارفوه أولا وهو الصحيح وبه اندفع ما فى الولوالجية من انه لو قال والرحمن لا افعل كذا ان أراد به
السورة لا يكون يمينا لانه يصير كانه قال والقران وان أراد به الله يكون يمينا بحر بتصرف وجمع بينهما بالعلم
انه لا فرق بين المختص كالرحمن وبين اسم لا يختص كالرحيم (قوله والحق) من أسماء الله تعالى قال تعالى
ذلك بان الله هو الحق در ر (قوله وجلاله وكبريائه) بيان للحلف بالصفات واراد بها المصادر التى يشتق
منها اسماء يمكن ان تطلق على الله تعالى شرعا وان لم يسمع من الشارع اطلاقه والجلال هو العظمة
وقيل كونه لا شرف الا وهو له والكبرياء هى كونه يرى غيره حقيرا بالاضافة الى ذاته وينظر الى غيره نظر
المالك الى عبده حموى عن البرجندى (قوله واقسم) وكذا عزم نهر لان هذه الالفاظ مستعملة فى الحلف
عرفا وهذه الصيغ للحال حقيقة زيلعى قيل لا يحتاج فى هذه الالفاظ للنية لان المتبادر منه الحال وقيل
لا بد منها لاحتمال العدة اى الاستقبال حموى (قوله واشهد) بفتح الهمزة والهاء وضمها وكسر الهاء خطأ
قيد بالمضارع لانه محل الخلاف بيننا وبين الشافعى اما الماضى نحو حلفت أو اقسمت اوشهدت بالله
لا فعلن فيمين بلا خلاف كذا فى الفتح الا انه فى شرح المجمع حكى الاتفاق على ان أشهد بالله يمين واعلم
انه وقع فى النهاية وتبعه فى الدراية ان مجرد قول القائل أقسم او احلف موجب للكفارة من غير ذكر
محلوف عليه ولا حنث تمسكا بما فى الذخيرة ان قوله على يمين موجب للكفارة واقسم ملحق به وهذا
وهم بين اذ اليمين بذكر المقسم عليه وما فى الذخيرة معناه اذا وجد ذكر المقسم عليه وحنث كما فى الاصل نهر
ولو قال اللهم انى أشهدك انى لا افعل كذا فليس بيمين لعدم التعارف بحر (قوله وان لم يقل بالله) لقوله
تعالى اذا قسموا ليصرمنها مصبحين وقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وفى الآية الاخرى اتخذوا
ايمانهم جنة وادعى فى الفتح ان الاستدلال بالآيتين الاوليين على المدعى خبط اذ قوله اقسموا مجرد عن
وجود قسم منهم وهو لا يستلزم ان ذلك القسم كان قولهم نقسم لنصرمنها فانهم لو قالوا والله لنصرمنها
مصبحين يصح ان يقال فى الاخبار عنهم اقسموا ليصرمنها ومثله فى يحلفون لكم لترضوا عنهم لا يستلزم كون
حلفهم بلفظ الحلف اصلا فضلا عن لفظ الحلف بلا ذكر اسمه تعالى انتهى قال فى النهر ويمكن ان يقال
سلمنا انه لا يلزم ما ذكر لكن يصدق بالمدعى وهذا القدر كاف فى الاستدلال به على المدعى فتدبره انتهى
أقول قد تدبرناه فوجدناه كلاما صدر لا عن تدبر فانه اذا كان صادقا بالمدعى مع صدقه بغيره لا يكون
المدعى متعينا واذا كان كذلك فاى كفاية فى الاستدلال به بقى ان يقال ان قول صاحب الفتح بالآيتين
الاوليين يقتضى صحة الاستدلال بالآية الثالثة ولا اظنه صحيحا حموى (قوله ولعمر الله) بفتح العين اى
بقاؤه وهو من صفات الذات فكانه قال وبقاء الله وان كان بمعنى البقاء أيضا الا انه لم يستعمل
فى القسم قال الرضى لان القسم موضع التخفيف لكثرة استعماله وظاهره أنه مع اللام مرفوع على الابتداء
والخبر محذوف وجوبا أى قسمى وحذف لسد جواب القسم مسده ومع حذفها منصوب نصب المصادر

(واليمين) مشروع (بالله والرحمن
والرحيم) والحق (وعزته وجلاله
وكبريائه واقسم واحلف واشهد
وان لم يقل) فى هذه الالفاظ الثلاثة
(بالله) وقال زفر اذا لم يقل بالله
لا يكون يمينا
فى هذه الفصول (وايم الله)
(ولعمر الله) أى بقاؤه
معناه ايمن الله عند اهل الكوفة

وحرف القسم محذوف تقول عمر الله ما فعلت ولا يلحق المفتوحة الواو فى الخط بخلاف عمرو والعلم فانها لحقت للتفرقة بينه وبين عمر قال فى الفتح واما قولهم عمرك الله ما فعلت فمعناه باقرارك له بالبقاء وينبغى ان لا ينعقد يمينا لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده انتهى وفى البزازية وسلطان الله يمين فى الاصح ان اراد به قدرة الله تعالى نهر وبحر (قوله وهو جمع يمين) فحذفت الهمزة والنون تخفيفا فقيل ايم الله بفتح الهمزة وكسرها وربما حذفوا الياء ايضا فقالوا ام الله وربما بقوا الميم وحدها مضمومة ومكسورة فقالوا م الله وربما قالوا من الله بتثليث الميم فالجمع تسعة اوجه عينى ولا يخفى ما فيه من المنافاة حيث قال فقيل الخ بطريق التفريع على ما قبله والصواب ابدال الفاء بالواو وليكون اشارة الى الخلاف فى ان همزه للوصل او القطع بدليل ما فى البحر حيث قال وهمزة ايمن بالقطع وانما وصلت فى الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ومذهب سيبويه انها همزة وصل اجتلبت ليمكن النطق به كهمزة ابن من الاسماء الساكنة الاوائل انتهى وقال فى البحر ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما الخ وقال البصريون ليست هذه جمعا والهمزة للوصل والجمع لا يجوز ان يخفف حتى يبقى على حرفين واختار الزجاج وابن كيسان قول الكوفيين وقالا انما خففت همزتها وطرحت فى الوصل لكثرة استعمالهم والمفرد لا يأتى على افعل زيلعى وفى الحديث وايم الله ان كان لخليقا بالامارة اى اسامة ابن زيد حين طعن بعض الناس فى امارته وهو فى الحديث بكسر الميم لواو القسم وانما تضم اذا لم يكن فى اوله حرف القسم نهر (قوله وعند اهل البصرة الخ) عبارة النهر وعند سيبويه كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الاول اجتلبت لها الهمزة للنطق انتهى ونقل الحموى عن البرجندى ان ايم الله مأخوذ من اليمن وهو البركة فمعنى ايم الله بركة الله قسمى والعرب كانوا يحلفون باليمن انتهى (قوله ولو كان جمع يمين لما سقطت همزته عند الوصل) لانها همزة قطع عندهم وجوابه من طرف الكوفيين ان يقال انما حذف همزه فى الوصل تخفيفا كما حذفت النون فى الوصل لذلك شيخنا (قوله وعهد الله) بالجر بواسطة واو القسم كذا قيل فعلى هذا ينبغى ان يكون فى عبارة المتن واوان احداهما للعطف على ما تقدم والثانية للقسم ويحتمل الرفع على ان يكون التقدير عهد الله قسمى وانما كان عهد الله يمينا لان الحالف عاهد ان يفعل ذلك الشئ او لا يفعله حموى عن البرجندى وكذا الحلف بالذمة ولهذا يسمى الذمى معاهدا واطلقه فشمل ما اذا لم ينو لغلبة استعمال العهد والميثاق فى معنى اليمين فينصرفان اليها الا اذا قصد غير اليمين فيدين بحر (قوله وعلى نذر) او يمين وكذا على عهد فان معناها على موجب النذر او موجب اليمين او موجب العهد وان لم يضف الى الله تعالى لان هذه الالفاظ تستعمل عرفا فى الحلف بحيث لا يفهم منها غيره فلا حاجة الى الاضافة حموى (قوله حتى اذا قال ان فعلت كذا الخ) لا بد منه لما فى البحر واما كونه حالفا بقوله على نذر ونذر الله فيشترط ان يذكر المحلوف عليه لكونها ايمانا منعقدة نحو ان يقول على نذر الله لافعلن كذا او لا افعل كذا حتى اذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة اليمين واما اذا لم يسم شيئا بان قال على نذر الله فانه لا يكون يمينا لان اليمين انما تتحقق بمحلوف عليه ولكن تلزمه الكفارة فيكون هذا التزاما للكفارة ابتداء بهذه العبارة كذا فى الفتح وفى النهر هذا اذا لم ينو بالنذر المطلق شيئا من القرب المقصودة التى يصح النذر بها كالحج ونحوه فان نواه لزمه ما نوى وان ذكر صيغ النذر بان قال لله على صلاة ركعتين مثلا او صوم يوم مطلقا عن الشرط او معلقا به او ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله على نذر صوم يوم من معلقا او منجزا فسيأتى فى الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر كذا فى الفتح يريد ان لفظ النذر يكون يمينا ونذرا اذا نوى به قربة واما صيغة النذر فلا تكون يمينا البتة انتهى واقره العلامة نوح افندى (قوله فان نوى الخ) هذه الجملة الشرطية مع جزائها جواب لقوله اذا قال ولذلك قرنها بالفاء حموى (قوله وان فعل كذا فهو كافر) لان حرمة الكفر كحرمة هتك الاسم عينى (قوله وعند الشافعى لا يكون يمينا) لانه تعليق المعصية بالشرط فصار كما لو قال ان فعل كذا فهو زان او شارب خمر ونحوه ولنا ما روى عن ابن عباس انه قال من حلف بالتهود فهو يمين ولان حرمته كحرمة

هتك

وهو جمع يمين وعند أهل البصرة هو من حروف القسم معناه والله ولو كان جمع يمين لما سقطت همزته عند الوصل (وعهد الله وميثاقه وعلى نذر ونذر الله) حتى اذا قال ان فعلت كذا فعلى نذر فان نوى قربة من القرب التى يصح النذر بها لزمه ما نوى وان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين (وان فعل كذا فهو كافر) او نصرانى او مجوسى او يهودى او برئ من الاسلام وعند الشافعى لا يكون يمينا هذا اذا كان فى المستقبل اما اذا كان فى الماضى لشئ قد فعله

هتك الاسم اذلا يحتمل التبديل على ما بينا بخلاف الزنا وشرب الخمر لانه يحتمل التبديل فلا يكون كالكفر في الحرمة زيلعي ومعنى احتمال النسخ فيها ان حرمتها تحتمل السقوط أما الخمر فظاهر وأما السرقة فعند لاضطرار وكذا اذا أكرهت المرأة بالسيف على الزنا وأما الربا ففي دار الحرب وعلى هذا يتفرع مالو قال هو يأكل الميتة أو يستحل الخمر والخنزير ان فعل كذا لانه علقه بما تسقط حرمته كما في المجتبى بخلاف حرمة اسم الله تعالى فانها لاتحتمل السقوط قال في الفتح وفيه نظر لان كون الحرمة تحتمل الارتفاع أو لاتحتمله لا أثر له فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو يمين والا لا وظاهر كلامهم انه لو تعورف الحلف به كان يمينا وظاهر ما في الفتح يفيد انه لو تعورف الحلف به لا يكون يمينا حيث قال ان معنى اليمين ان يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل أي فعل المحلوف عليه يصير زانيا أو سارقا لانه لا يكون كذلك الا بفعل مستأنف يدخل في الوجود بخلاف قوله ان فعل كذا فهو كافر فانه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر نهر (قوله فهو الغموس) كان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم انه فعله نهر (قوله فلا يكفر الخ) واختلف في قوله الله يعلم انه فعل كذا وهو يعلم بخلافه وعامتهم على انه يكفر وقيل لا يكفر وهو رواية عن أبي يوسف لانه قصد ترويج الكذب دون الكفر كذا في المجتبى نهر وكذا لو وطئ المصحف قائلا ذلك لانه لترويج كذبه لا اهانة المصحف وفي المجتبى شهد الله لا أفعل يستغفر الله ولا كفارة وكذا أشهدك وأشهد ملائكتك وفي الذخيرة ان فعلت كذا فلا اله في السماء يكون يمينا ولا يكفر وفي فانا بريء من الشفاعة ليس بيمين لان منكرها مبتدع لا كافر وكذا فصلاتي وصيامي لهذا الكافر وأما فصومي لليهود فيمين ان أراد به القربة لا ان أراد به الثواب در بقي ان يقال ماسبق من قوله وكذا لو وطئ المصحف الخ يفيد ان وضع القدم على المصحف لا يستلزم الاستخفاف ومثله في الاشباه حيث قال يكفر بوضع الرجل على المصحف مستخفا والا فلا انتهى (قوله وان كان جاهلا وعنده الخ) وقع في بعض النسخ أو عنده باو والصواب الواو بدليل ما في الدرر حيث قال ويكفر ان كان جاهلا اعتقد انه كفر في الماضي والمستقبل لانه اذا أقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر فقد رضي بالكفر انتهى (قوله يكفر في الماضي والمستقبل) لانه رضي بالكفر (قوله وحكى الطحاوي عن أصحابنا انه ليس بيمين) لاحتمال انه أراد به الفرائض زيلعي (قوله لا بعلمه) لانه يراد به المعلوم حتى لو أراد الصفة القائمة بذاته كان يمينا (قوله وغضبه وسخطه ورحمته) لعدم تعارف الحلف بها والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ويراد بالرحمة أثرها وهو الجنة ومن ثم قلنا لو قال وعذاب الله وثوابه ورضاه ولعنته انه لا يكون يمينا وفي البدائع لو قال لا اله الا الله أو سبحان الله أو الله أكبر لا فعلن كذا لا يكون يمينا لعدم العادة وملكوت الله وجبروته يمين لانه من صفاته التي لا تستعمل الا في الصفة وفي الخانية لو قال بصفة الله لا فعلن كذا لا يكون يمينا لان من صفاته ما يكون في غيره نهر والسخط بفتح السين والخاء وضم السين وسكون الخاء خطأ حموي عن ابن الحلبي ولو قال وقدرة الله يكون يمينا مالم ينو المقدور وكذا قوته وارادته ومشيئته ورضاه ومحبته وكلامه وكذا سلطان الله ان أراد به القدرة والا فلا ولو قال لا اله الا الله لا أفعل لا يكون يمينا الا ان ينوي بحر فما سبق عن النهر من انه لو قال لا اله الا الله لا يكون يمينا محمول على عدم النية بقي أن ما في البحر من قوله ورضاه فيه نظر لانه مخالف لما سبق عن النهر من انه لا يكون يمينا ووجهه انه لم يتعارف الحلف به واليه أشار بقوله ومن ثم ويوافقه ما في الدرر من قوله ولا بصفة لا يحلف بها عرفا كرحمته وعلمه ورضاه الخ فالمدار على العرف حتى لو تعورف الحلف به كان يمينا والى ذلك يشير ما ذكره الشارح من التعليل بعد قوله وهذا أي ما ذكره العراقيون من الفرق بين صفات الذات وصفات الفعل غير مرضي عندنا الخ حيث علل بقوله لان الايمان مبنية على العرف ومن هنا ظهر انه ليس في كلام الشارح ما يقتضي موافقة ما ذكره في البحر بل كلامه ظاهر في مخالفته (قوله والقرآن) لانه غير متعارف ولهذا نقل السيد الحموي عن البرجندي انه لو قال والقرآن ما فعلت كذا وهو يعلم انه كاذب يستغفر الله ويتوب انتهى لكن في النهر

فهو الغموس فلا يكفر في المروي عن أبي يوسف وقال محمد بن مقاتل يكفر والاصح انه ان كان الرجل عالما يعرف انه يمين لا يكفر في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا وعنده انه يكفر بالحلف يكفر في الماضي والمستقبل ولو قال وأمانة الله يكون يمينا في رواية الاصل كأنه قال والله الامين وحكى الطحاوي عن أصحابنا انه ليس بيمين (لا بعلمه) أي اليمين مشروع بالله لا بعلمه (وغضبه وسخطه ورحمته والنبي والقرآن والكعبة)

عن الفتح ان الحلف به متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلاثة قال العيني وعندي انه لو حلف
بالمصحف أو وضع يده عليه وقال وحق هذا فهو يمين (قوله ولو قال أنا بريء الخ) وكذا لو قال أنا بريء من
القبلة أو من المؤمنين أو الصلاة أو الصوم أو من صوم رمضان نهر عن المجتبى لكن في الخلاصة كل ما يكون
البراءة منه كفرا كالقرآن والصلاة فاذا قال أنا بريء منه فالمختار انه يكون يمينا حموي عن البرجندي ولو
قال من شهر رمضان فان أراد البراءة من فرضه كان يمينا وان أراد عن أجره لا يكون يمينا ولو قال فانا بريء
من كل آية في المصحف فيمين واحدة وكذا لو قال من الكتب الاربعة أو من الله ورسوله ولو كرر لفظ بريء كان
عليه كفارتان ولو زاد والله ورسوله بريئان منه كان عليه أربع كفارات وعلى هذا لو قال بريء من الفرقان
وبريء من التوراة وبريء من الانجيل وبريء من الزبور كان عليه أربع كفارات ولو قال ان فعلت كذا
فانا بريء من الله ألف مرة كان عليه كفارة واحدة وفي الخانية لو قال ودين الله وطاعته وحدوده او شريعته
لا يكون يمينا (فرع) قال في الفتح الحلف بحياتك أو حياة رأس السلطان ان اعتقد ان البر منه واجب كفر
وفي تتمة الفتاوى قال علي الرازي أخاف على من يقول بحياتي وحياتك أن يكفر ولو لا ان العامة يقولونه
ولا يعلمونه لقلت انه شرك نهر وعن ابن مسعود لان احلف بالله كاذبا أحب الي من ان احلف بغير الله صادقا
واعلم انه وقع في كلام بعضهم زيادة قوله وكذا لو قال أنا بريء من الاسلام ولا حاجة اليه للاستغناء عنه بما
ذكره الشارح عقب قول المصنف وان فعل كذا فهو كافر (قوله ولو قال أنا بريء من المصحف لا يكون
يمينا) مخالف لما في النهر وحاصل ما في النهر عن المجتبى والخانية ان التبرأ من المصحف يمين وأما الحلف به من
غير تبريء فليس بيمين (قوله وحق الله) لانه يحتمل الحقوق التي على العباد فنحو الصلاة والزكاة وقال أبو
يوسف يمين لان حق الله حقيقته وبه قالت الثلاثة وهو المختار عندي عيني وفي الدر واختار في الاختيار
انه يمين للعرف ولو بالباء فيمين اتفاقا بحر قيد بالمضاف لان المعرف يمين اجماعا واعترض بان الحق المعرف
يطلق على غيره ومنه فماذا بعد الحق الا الضلال فلما جاءهم الحق من عندنا فكيف يكون يمينا بلا خلاف
وأجيب بانه ان نوى اليمين باسم الله يكون يمينا والا فلا وأنت خبير بانه على المختار اذا ثبت كونه اسما لله
لا يفتقر فيه الى النية وان أطلق على غيره نهر ولو قال حقا لا يكون يمينا لان المنكر منه يراد به تحقيق الوعد
فكانه قال افعل كذا لا محالة زيلعي ولا يخفى ان ما ذكره من التعليل يفيد انه لم يرد به اسم الله تعالى وحينئذ
فلا ينافي ما ذكره قاضيخان من ان الصحيح انه ان أراد به اسم الله يكون يمينا والحاصل ان ما قيل من ان
الحق اذا ذكر منكرا لا يكون يمينا معللا بما قدمناه من انه يراد به تحقيق الوعد الخ لا ينافي تصحيح قاضيخان خلافا
لما يظهر من سياق كلام النهر وفي المجتبى بحرمة الله كحق الله وفي فتاوى النسفي بحرمة شهد الله او لا اله
الا الله ليس بيمين نهر والحرمة اسم بمعنى الاحترام وحرمة الله ما لا يحل انتهاكه فهو في الحقيقة قسم بغير الله
حموي عن البرجندي (قوله ووجهه عندهما) عبارة البحر ولو قال ووجه الله فهو يمين لان الوجه المضاف
الى الله تعالى يراد به الذات (قوله وعنه انه يكون يمينا) جعله العيني قولا لابي يوسف (قوله وان فعلته
فعلي غضب الله وسخطه الخ) تقدم الكلام عليه مستوفى فلا نعيده (قوله أو صفته) المراد بالصفة اسم
المعنى الذي لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو كالعظمة ونحوها بخلاف نحو العظيم نهر (قوله وهما
مشروعان) لا ينافي هذا ما سيأتي في كلام الشارح من ان الحلف بالله مشروع دون غيره لان ما سيأتي
على قول العراقيين وهو غير مرضي كما سيأتي (قوله ولكن الثاني مكروه عند البعض) صريح في ان الكراهة
لا تنافي المشروعية حموي ووجه الكراهة ما ورد من النهي عن الحلف بغير الله ووجه ما عليه العامة من
عدم الكراهة انه يحصل به الوثيقة وما ورد من النهي محمول على الحلف بغير الله تعالى لا على وجه الوثيقة
كقولهم بابيك ولعمرك (قوله مطلقا سواء أراد اليمين الخ) وسواء كان خاصا أو مشتركا (قوله وقال
بعض أصحابنا الخ) وجهه بعضهم بانه ان كان مستعملا لله ولغيره لا يتعين ارادة احدهما الا بالنية كذا
في الفتح وهو خلاف المذهب لان هذه الاسماء وان كانت تطلق على الخلق لكن تعين الخالق مرادا بدلالة

القسم

ولو قال أنا بريء من الله والقرآن ولو قال أنا بريء من النبي يكون يمينا ولو قال أنا بريء من المصحف لا يكون يمينا بخلاف ما لو قال أنا بريء مما في المصحف فانه يكون يمينا (و) لا (حق الله) ووجهه عندهما وهو رواية عن أبي يوسف وعنه انه يكون يمينا (و) لا لو قال (ان فعلته فعلي غضبه وسخطه أو) ان فعلته (أنا زان أو) أنا (سارق أو) أنا (شارب خمر أو آكل ربا) اعلم ان اليمين نوعان يمين بالله سبحانه وتعالى أو صفته ويمين بغيره وهما مشروعان ولكن الثاني مكروه عند البعض وعند عامة العلماء لا يكره أيضا ثم الاول اما ان يكون باسم من أسماء الله تعالى كالله والرحمن وسائر أسمائه عز وجل أو بصفة من صفاته كعزته وجلاله وكبريائه فان كان باسم من أسمائه سبحانه صح اليمين مطلقا سواء أراد اليمين أو لم يرد وسواء تعارف الناس الحلف به أو لم يتعارفوا وقال بعض أصحابنا كل اسم لا يسمى به غير الله كالله والرحمن فهو يمين مطلقا وما يسمى به غيره كالعليم والحكيم والقادر فان أراد به يمينا فهو يمين

وان لم يرد به يمينا لم يكن يمينا وكذا الصفات او كان عرف الناس الحلف بها وقال العراقيون من مشايخنا الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة والجلال والكبرياء يمين والحلف بصفات الفعل كالرحمة والسخط والغضب والرضا ليس بيمين وقالوا ان ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كذكر الذات والحلف بالله سبحانه وتعالى مشروع دون غيره وهذا غير مرضى عندنا لانهم يقصدون بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الفعل غير الله والمذهب عندنا ان صفات الله سبحانه وتعالى لا هو ولا غيره وكلها قديمة والاصح ماقلنا وهو اختيار مشايخ ماوراء النهر لان الايمان مبنية على العرف (وحروفه) أي القسم (الباء) نحو بالله (والواو) نحو والله (والتاء) نحو تالله فالباء تدخل على المظهر والمضمر والواو لا تدخل الا على المظهر والتاء لا تدخل الا على مظهر واحد وهو الله لان الباء أصل والواو ملحق به والتاء ملحق بالواو (وقد تضمر) حروف القسم ويكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا ثم عند أهل البصرة يكون

القسم الا ان ينوي به غير الله لانه نوى مايحتمله كلامه فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى شرنبلالية عن البحر (قوله وان لم يرد به يمينا لم يكن يمينا) الى هنا تم قول بعض أصحابنا شيخنا (قوله وكذا الصفات) معطوف على قوله صح اليمين مطلقا وليس من قول بعض اصحابنا والفرق بين صفات الفعل والذات ان كل وصف جاز ان يوصف الله تعالى به و بضده فهو من صفات الفعل كالرضا والغضب والسخط والرحمة والمنع والاعطاء وكل ماجاز ان يوصف به لا بضده فهو من صفات الذات كعزة الله وكبريائه وجلاله وقدرته زيلعي (قوله وقالوا الخ) اى العراقيون (قوله والاصح ماقلنا) يعني ماسبق من قوله وكذا الصفات لو كان عرف الناس الحلف بها بلا فرق بين صفات الذات وصفات الفعل شيخنا (قوله وهو اختيار مشايخ ماوراء النهر) هو نهر جيحون وهذه الجهة أنزه بلاد الشرق واخصبها واكثرها خيرا وليس بها موضع خال من العمارة من مدن وقرى وهو اصح الاهوية وماؤها اعذب المياه ومن مدنها بخارى وسمرقند وخجند وجند وغالب أهلها صلحاء وبها الجوامع والرباطات وماوراء النهر من حدود خوارزم و جند بلد على طرف سيحون شيخنا عن اللب قال وكذا خجند (قوله وحروفه الخ) فان قيل حروف القسم عام ودلالة العام كلية بمعنى ان المحكوم عليه كل فرد فمفاد العبارة ان كل حرف بعينه من حروف القسم الباء وما عطف عليها وهو باطل قلت الحكم على العام تارة يكون على كل فرد وهو الاكثر وتارة يكون على المجموع كما في رجال البلد يحملون الصخرة العظيمة وكلام المصنف من الثاني حموي واعلم ان الاول من قبيل الكلية بخلاف الثاني فانه من قبيل الكل (قوله أي القسم) اشار بهذا التفسير الى ان الضمير راجع لليمين بمعنى القسم والا لوجب التأنيث حموي لان اليمين مؤنثة سماعا (قوله الباء) أي وما عطف عليها بجعل العطف سابقا على الربط لاجل صحة الاخبار حموي (قوله فالباء تدخل على المظهر والمضمر) نحو بالله وبه ويجوز اظهار الفعل معها تقول حلفت بالله عيني (قوله لا تدخل الا على المظهر) كقوله والله والرحمن ولا تدخل على المضمر لا يقال وك ولا و ومثل ما يقال بك وبه ولا اظهار الفعل معها لا يقال أحلف والله كما يقال أحلف بالله عيني (قوله والتاء لا تدخل الا على مظهر واحد الخ) فلا يقال تالرحمن ولا تالرحيم وجاء ترب الكعبة وهو شاذ ولا يجوز اظهار الفعل معها لا يقال أحلف تالله ولا أقسم تالله وله حروف أخر وهي لام القسم وحرف التنبيه وهمزة الاستفهام وقطع الف الوصل والميم المكسورة والمضمومة كقولك لله وهالله وآلله وألله وم الله وم الله عيني واللام بمعنى التاء ويدخلهما معنى التعجب وربما جاءت التاء لغير التعجب دون اللام زيلعي (قوله لان الباء أصل) اذ هي صلة الحلف والاصل أقسم أو احلف حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ومعناها الالصاق لانها تلصق فعل القسم بالمحلوف به نهر (قوله ملحق به لمناسبة معنوية) هي ما في الالصاق من الجمع الذي هو معنى الواو وللبدلية انحطت عنها فدخلت على المظهر فقط نهر (قوله ملحق بالواو) اذ هي من حروف الزيادة ابدلت كثيرا منها كتراث فانحطت عنها درجتين فلم تدخل على المظهر الا على اسم الله نهر (قوله وقد تضمر حروف القسم) لان حذف الحرف متعارف بينهم اختصارا ثم اذا حذف الحرف ولم يعوض عنه ها التنبيه ولا همزة الاستفهام ولا قطع الف الوصل لم يجز الخفض الا في اسم الله بل ينصب باضمار فعل أو يرفع على انه خبر لمبتدا مضمر الا في اسمين فانه التزم فيهما الرفع وهما أيمن الله ولعمر الله زيلعي والاولى ان يكون المضمر هو الخبر لان أعرف المعارف هو الاسم الكريم والفرق بين الحذف والاضمار ان الاضمار يبقى أثره بخلاف الحذف كذا في الدراية قال في الفتح فينبغي ان يكون في حالة النصب محذوفا وفي الجر مضمرا واقول الظاهر ان المراد بالاضمار عدم الذكر فيصدق بالحذف واذا تحقق هذا ظهر ان ما في البحر لم يقل بحذف للفرق بينهما وذكر ما هو بمعزل عن التحقيق لانه يكون حالفا مع الحذف أيضا بل هو الكثير في الاستعمال وذاك شاذ والتزام ذلك الاصطلاح للفقهاء غير لازم نهر واقول فيه نظر من وجهين اما اولا فما ذكره في الرد على البحر من التعليل بانه يكون حالفا مع الحذف أيضا يقتضي ان صاحب البحر لا يقول به وليس كذلك واما ثانيا فلما نقله السيد الحموي عن المغني من ان حذف الجار

وبقاء عمله شاذ في غير القسم اما في القسم فطرد انتهى قيد باضمار الحروف لانه لا يضمر في المقسم عليه حرف التأكيد وهو اللام والنون بل لابد من ذكرهما لما في المحيط والحلف بالعربية ان يقول في الاثبات والله لافعلن كذا أو والله لقد فعلت كذا مقرونا بكلمة التوكيد وفي النفي يقول والله لا افعل كذا والله مافعلت كذا حتى لو قال والله افعل كذا اليوم فلم يفعل لا تلزمه الكفارة ويكون بمعنى قوله لا افعل كذا فتكون لا مضمرة فيه بحر لكن في الوقاية مع شرحها لصدر الشريعة لا يفعله يقع على الابد ويفعله على مرة اعلم ان قوله لا يفعله هذا في العرف سلب لقوله يفعله وقوله يفعله واقع على مرة فقوله لا يفعله يكون للابد انتهى فانت ترى انه ترك في الاثبات اللام والنون فيخالف ما مر عن المحيط وقوله وفي النفي يقول والله لا افعل كذا مفهومه انه لا يقول في النفي لا افعلن فلو قاله انعقدت يمينه على النفي وكانت النون زائدة غلطا لاسيما اذا انضم الى التصريح بأداة النفي قصد الحالف الحلف على النفي وبه عرف جواب حادثة رفعت للفقير حلف على عدم شراء الشئ بلفظ والله لا اشترينه فأجبت بانه يحنث بشرائه لان المضارع الواقع جواب قسم انما يؤكد بالنون اذا كان مثبتا فان لم يكن مثبتا لم يؤكد بالنون نحو والله لا يفعل كذا وكذا لا يؤكد بالنون المضارع الواقع جواب قسم الا اذا كان مستقبلا فان كان حالا نحو والله ليقوم زيد الآن لا يؤكد أيضا قال ابن مالك في خلاصته * او مثبتا في قسم مستقبلا * شيخنا وظاهر ان هذا الجواب منه تأييد لما في الوقاية وشرحها ومثله في النقاية وشرحها للقهستاني حيث اعتبر قصده الحلف على عدم الشراء بخلاف ماسبق عن المحيط فانه مستلزم لعدم اعتبار قصده (قوله منصوبا بنزع الخافض) أي بالفعل بسبب نزع الخافض وانما جعل النصب بالفعل دون نزع الخافض دفعا لما يرد عليه من ان نزع الخافض غير عامل (قوله وعند اهل الكوفة الخ) قال في البحر وينبغي انه اذا نصب يكون يمينا بلا خلاف لان أهل اللغة لم يختلفوا في جواز كل واحد من الوجهين ولكن النصب اكثر كما ذكره عبد القاهر وبه اندفع ما في المبسوط من ان النصب مذهب أهل البصرة والخفض مذهب أهل الكوفة الا ان يكون مراده ان الخلاف في الارجحية لا في أصل الجواز انتهى بقي ان يقال ما اقتضاه كلام الشارح وغيره من انه يكون حالفا مع الحذف والاضمار أي سواء نصب او جر هو احد قولين والقول الثاني مانقله السيد الحموي عن البرجندي من انه لا يكون يمينا الا اذا تكلم به مجرورا أما اذا سكن الهاء او نصبها او رفعها فلا لانه لم يأت بحرف القسم ولا باعرابه انتهى ومثله في البحر أيضا عن الظهيرية (قوله ولو قال لله يكون يمينا) والمذكور في كتب النحو ان اللام انما تستعمل في القسم اذا كان المقسم عليه أمرا يتعجب منه انتهى حموي عن البرجندي (قوله وكفارته) أي اليمين بمعنى القسم او الحلف فلا يرد انها مؤنثة سماعا نهر ولهذا تعقب الشيخ شاهين العيني حيث قال أي كفارة اليمين بان الصواب كفارة الحلف او القسم وهذا من اضافة الشئ الى شرطه اذ السبب كما سيأتي انما هو الحنث نهر ومصرفها مصرف الزكاة فكل من لا يجوز صرف الزكاة اليه لا يجوز صرف الكفارة اليه فلا يعطيها لابيه وان علا ولا لولده وان سفل وكذا الصدقة المنذورة ولو أعطى كفارة يمينه لامرأته وهي أمة لغيره ومولاها فقير لا يجوز كما لو أعطى أباه او امه وهما مملوكان للغير لا يجوز بحر عن الخانية قال ويرد على الكلية الدفع الى الذمي فانه جائز في الكفارة دون الزكاة انتهى لكن الفتوى على قول الثاني من عدم جواز دفعها الذمي در (تتمة) في البحر عن الخلاصة والتجريد تتعدد الكفارة بتعدد اليمين والمجلس والمجالس سواء الخ قلت فكفارة اليمين لا تداخل فيها لكن حكى القهستاني فيه خلافا بل نقل عن المنية وشرف الائمة ترجيح التداخل اذا كثرت الايمان ولو قال عنيت بالثاني الاول ففي حلفه بالله لا يقبل ويحج او عمرة يقبل وفي الاصل هو يهودي هو نصراني يمينان وكذا والله والله أو والله والرحمن في الاصح واتفقوا ان والله ووالرحمن يمينان وبلا عاطف واحدة در والذي في البحر عن الاصل لو قال هو يهودي هو نصراني ان فعل كذا فيمين واحدة ولو قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فهما يمينان انتهى واعلم ان ظاهر كلام البحر يقتضي ثبوت

الخلاف

منصوبا بنزع الخافض وعند أهل الكوفة يكون مجرورا أو ليكون دالا على المحذوف ولو قال لله يكون يمينا لان معناه بالله اذ الباء واللام تتعاقبان (وكفارته

الخلاف في تعدد الكفارة اذا كان بين الاسمين المقسم بهما واو واحدة سواء اتحد الاسمان كقوله والله
والله او اختلفا كقوله والله والرحمن بخلاف ما اذا كان بينهما واوان فانه تتعدد عليه الكفارة باتفاق
وظاهر الرواية وبه أخذ اكثر المشايخ تعدد الكفارة اذا تخللت الواو والواحدة بين الاسمين مطلقا اتحدا
او اختلفا على ما هو الظاهر من عبارة البحر وروى الحسن عن أبي حنيفة ان عليه كفارة واحدة لانه اذا
اتحد ذكر الواو يحتمل ان تكون واو عطف ويحتمل ان تكون واو قسم فلا يثبت القسم بالشك بخلاف
ما اذا تعدد ذكر الواو لان أحدهما للعطف والآخر للقسم بحر وقيل لا تتعدد اليمين مع اتحاد الاسم الا اذا
كان بواوين وأما اذا اختلف فانها تتعدد ولو بواو واحدة وبهذا القول جزم في البرهان (قوله تحرير رقبة)
عبر بالتحرير بمعنى الاعتاق دون العتق اتباعا للآية وليفيد ان الشرط الاعتاق فلو ورث من يعتق عليه
فنوى عن الكفارة لا يجوز بحر (قوله او اطعام عشرة مساكين) تحقيقا او تقديرا حتى لو اعطى مسكينا
واحدا في عشرة أيام كل يوم نصف صاع يجوز ولو أعطاه في يوم واحد بدفعات في عشر ساعات قيل يجزئ
وقيل لا وهو الصحيح لانه انما جاز اعطاؤه في اليوم الثاني تنزيلا له منزلة مسكين آخر لتجدد الحاجة (قوله
كهما في الظهار) فيه ادخال الكاف على الضمير المنفصل وهو لا يجوز في السعة حموي (قوله في انه يجوز
الخ) ولا يجوز فائت جنس المنفعة ولا المدبر وأم الولد ولا المكاتب الذي أدى بعض شئ بحر (قوله مطلقا)
أي مسلمة او كافرة ذكرا أو انثى صغيرة او كبيرة بحر (قوله ويجوز في الطعام الخ) فان ملك أعطى نصف
صاع من بر او صاعا من تمر أو شعير لكل مسكين وان أباح غداهم وعشاهم فان كان خبز البر لا يحتاج الى
الادام وان غيره احتيج اليه وفي الخلاصة لو أعطى عشرة مساكين كل مسكين ألفا من من الحنطة عن
كفارة الايمان لا يجوز الا عن كفارة واحدة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا في كفارة الظهار وفي نسخة
الامام السرخسي لو أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة أجزأه ذلك عن الطعام ان كان الطعام ارخص من
الكسوة وعلى القلب لا يجوز وهذا في طعام الاباحة أما اذا ملك الطعام فيجوز ويقوم مقام الكسوة
ولو أدى الى مسكين مدا من حنطة ونصف صاع من شعير يجوز بحر واستفيد منه ان المد ربع صاع وفيه
عن الخانية لو أعطى في كفارة اليمين عشرة مساكين كل مسكين مدا مدا ثم استغنوا ثم افتقروا ثم أعاد
عليهم مدا مدا عن ابي يوسف لا يجوز ذلك لانهم لما استغنوا صاروا امثال لا يجوز صرف الكفارة اليهم فيبطل
ما أدى كما لو أدى الى مكاتب مدا ثم رد في الرق ثم كوتب ثانيا ثم أعطاه مدا لا يجوز انتهى (قوله ونحوهما)
من كونها غير فائت جنس المنفعة ولا مستحقة للحرية بجهة (قوله او كسوتهم) كلمة او للتخيير فكان
الواجب أحد الاشياء الثلاثة والتخيير لا ينافي التكليف لان صحته بامكان الامتثال وهو ثابت لانه يفعل
أحدهما فبطل قول من قال ان التخيير يمنع صحة التكليف فأوجب خصال الكفارة مع السقوط بالبعض
كما في التحرير وفي شرح المنار لو أدى الكل لا يقع عن الكفارة الا واحد وهو ما كان اعلى قيمة ولو ترك
الكل يعاقب على واحد وهو ما كان ادنى قيمة لان الفرض يسقط بالادنى بحر (تتمة) يجوز ان يكسو
مسكينا واحدا في عشر ساعات من يوم عشرة أثواب او ثوبا واحدا بان يؤديه اليه ثم يسترده منه اليه او الى
غيره بالهبة او غيرها الا ان لتبدل الوصف تأثيرا في تبدل العين لكن لا يجوز عند اكثرهم قهستاني عن
الكشف وقوله لكن لا يجوز الخ يحتمل تعلقه بالثانية فقط او بهما وبالاولى أيضا وهو الظاهر بدليل
ما قدمناه من تصحيح عدم الاجزاء فيما اذا أعطى طعام العشرة لشخص واحد في عشر ساعات من يوم واحد
معللا بانه انما جاز اعطاؤه في اليوم الثاني لتجدد الحاجة (قوله بما يستر عامة البدن) وفي الثوب يعتبر حال
القابض ان كان يصلح للقابض يجوز والا فلا وقال بعض مشايخنا ان كان يصلح لاوساط الناس يجوز
وهو الاشبه بالصواب ولو أعطى ثوبا خلقا عن كفارة اليمين ان أمكن الانتفاع به اكثر من نصف مدة
الجديد يعني اكثر من ثلاثة أشهر جاز وأما القلنسوة فلا يجوز بحال واعلم انه لا بد من النية لصحة التكفير
في الانواع الثلاثة بحر عن الفتح (تتمة) اللازم ثوب والافضل كسوة ثوبين او ثلاثة وهذا الرجل اما

تحرير رقبة أو اطعام عشرة مساكين
كهما) أي كالتحرير والاطعام
(في) كفارة (الظهار) في انه يجوز
تحرير رقبة مطلقا ويجوز في الطعام
التمليك والاباحة ونحوهما الا في انه
على سبيل البدلية حتى انه لا يكون مخير
(او كسوتهم بما يستر عامة البدن)

المرأة فلابد من خمار مع الثوب شرنبلالية (قوله حتى لا يجوز السراويل) الا باعتبار قيمة الاطعام در (قوله فان عجز عن أحدها) شرطه لانه لو كان عنده احد الثلاثة لا يجوز له الصوم وان كان محتاجا اليه بحر وقوله لانه لو كان عنده احد الثلاثة يشير الى ان المراد من قوله فان عجز عن أحدها أي عن واحد لا بعينه فالشرط العجز عن الثلاثة كما في الدرر وقال قاضيخان لا يجوز التكفير بالصوم الا من عجز عما سوى الصوم فلا يجوز لمن يملك ما هو منصوص في الكفارة او يملك بدله فوق الكفاف والكفاف منزل يسكنه وثوب يلبسه و يستر عورته وقوت يومه ولو كان له عبد يحتاج لخدمته لا يجوز له التكفير بالصوم لانه قادر على الاعتاق شرنبلالية ولو كفر بالصوم ناسيا لما في ملكه من احد الثلاثة فالصحيح انه لا يجزئه ولو كان له مال وعليه دين فان قضى دينه بذلك المال كفر بالصوم وان صام قبل قضاء الدين قيل يجوز وقيل لا يجوز بحر و ينبغي تقييد الخلاف بما اذا كان الدين حالا فان كان ما عليه من الدين مؤجلا فكفر بالصوم قبل حلول الاجل لم يجز بالاتفاق ولا كلام انه لو كان ماله غائبا أو دينه مؤجلا فصام انه يجوز نهر وقوله أو دينه مؤجلا أراد الدين الذي له على غيره هذا اذا لم يكن ماله الغائب عبدا فان كان عبدا يجوز في الكفارة لا يجوز له الصوم ولابد من بقاء العجز الى تمام الصوم حتى لو ايسر أو أعتق العبد قبل ان يفرغ من الصوم ولو بساعة فاصاب مالا استأنف التكفير بالمال نهر وقوله أو أعتق بضم همزة اعتق وكسر تائه يعني كفر العبد بالصوم فقبل الفراغ اعتق وأصاب مالا يستأنف التكفير بالمال (قوله متتابعة) فالتفريق غير جائز ولو لعذر الحيض نهر عن الخلاصة (قوله وعند الشافعي ان شاء تابع وان شاء فرق) لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود وأبي ثلاثة ايام متتابعات فجاز التقييد بها لانها مشهورة زيلعي (قوله حالة الاداء) حتى لو وهب ماله وسلمه ثم صام ثم رجع في الهبة أجزأه الصوم فهذا يستثنى من قولهم ان الرجوع فسخ من الاصل در (قوله دون الوجوب) قيد بحالة الاداء دون الوجوب لان اعتبار الفقر والغنى عندنا عند ارادة التكفير بخلاف الحد فان المعتبر فيه وقت الوجوب حتى يتنصف بالرق شرنبلالية عن الفتح حتى لو كان وقت ارتكاب سبب الحد رقيقا ثم اعتق يحد حد الارقاء (قوله وعند الشافعي عند الحنث) هو يعتبره بالحد فانه يعتبر فيه التنصيف بالرق وقت الوجوب ولنا أن الصوم بدل عن التكفير بالمال فيعتبر فيه وقت الاداء كالتيمم بدل عن الماء فيصار اليه عند عدم الماء وقت الاستعمال بخلاف الحد فان حد العبد ليس ببدل عن حد الاحرار زيلعي (قوله ولا يكفر قبل الحنث) لان الكفارة لستر الجناية ولا جناية قبل الحنث واليمين ليست بسبب لوجوب الكفارة لان أدنى درجات السبب ان يكون مفضيا الى الحكم طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فكيف تكون سببا له زيلعي ونظر فيه في النهر بان كون الحنث جناية مطلقا ممنوع لانه قد يكون فرضا قال الحموي والاولى ان يقال هذا التعليل مبني على ما هو المستفيض الغالب واما كون الحنث يكون فرضا فذلك نادر كما يومئ اليه التعبير بقد في قولهم قد يكون فرضا انتهى ولو قدم التكفير لا يسترد من الفقير لانه وقع صدقة تطوعا كما اذا قدم الزكاة قبل الحول ثم ذهب المال زيلعي بقي ان يقال ما سبق من ان اليمين ليست بسبب لوجوب الكفارة مخالف لما في العناية حيث قال في وجوب الكفارة عند الحنث كلام لان الحنث حرام ومعصية وفي الكفارة معنى العبادة حتى لا تجب الكفارة في حنث الكافر وان حنث مسلما والحرام لا يكون سببا للعبادة قلت السبب في وجوب الكفارة اليمين والحنث شرط فلا تضاف الكفارة الى الشرط بل الى السبب انتهى (قوله وعند الشافعي يجوز التكفير بالمال قبل الحنث) لقوله عليه السلام اذا حلفت على يمين فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير وهذا صريح في جواز تقديم الكفارة لان كلمة ثم للترتيب ولنا ما سبق بيانه من ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية قبل الحنث وتأويل ما رواه ان صح ان كلمة ثم فيه بمعنى الواو كقوله تعالى فك رقبة أو اطعام في يوم ذي مسغبة يتيما ذا مقربة او مسكينا ذا متربة ثم كان من الذين آمنوا تقديره وكان قبل ذلك لان الاعمال الصالحة قبل الايمان لا يعتد بها زيلعي (تتمة) يجوز

حتى لا يجوز السراويل الخ
ولا قدوما يستر به العورة الغليظة على
قولهما وهو الاصح وعن محمد ان ادناه
ما يستر العورة (فان عجز عن احدها
صام ثلاثة ايام متتابعة) وعند
الشافعي ان شاء تابع وان شاء فرق
ثم اليسار والاعسار يعتبر حالة الاداء
دون الوجوب وعند الشافعي عند
الحنث حتى لو حنث وهو موسر
ثم اعسر جاز الصوم وبعكسه لا عندنا
وعنده على القلب (ولا يكفر قبل
الحنث) مطلقا سواء كان بالمال
او بالصوم وعند الشافعي يجوز
التكفير بالمال قبل الحنث

التكفير بعد الجرح قبل الموت بالاتفاق على ما يعلم من كلامهم لكونه بعد السبب اذ الجرح مفض الى الموت وماذكره عزمى من ان المراد بجرح الصيد فى الحرم تعقبه الشيخ عبد الحى بانه لا وجه له بل كذا جرح الآدمى خطأ كما يؤخذ من كلام الزيلعى وغيره انتهى (قوله دون الصوم) لان المالى يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب ادائه أما البدنى فلا يحتمل الفصل فلما تأخر الاداء لم يبق الوجوب لان الفعل لما وجب وجب اداؤه اذ الصوم هو الاداء بعينه بخلاف المالى لان المال مع الفعل متغاير فجاز ان يتصف المال بالوجوب ولا يثبت وجوب الاداء زيلعى (قوله ومن حلف على معصية) قيد بالمعصية لانه لو لم يكن فتارة يكون الحنث أولى كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا أو ضرب عبده أو شكاية مديونه ان لم يواف به وتارة يكون البر أولى كما اذا حلف ان لا يأكل هذا الخبز ولا يلبس هذا الثوب ولو قيل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا أيمانكم على ما هو المختار فى تأويلها انه البر فيها امكن كذا فى الفتح وبقى قسم رابع وهو ان يكون المحلوف عليه واجبا قبل الحلف نحو لاصلين الظهر اليوم فان البر فيه فرض وكذا اذا كان المحلوف عليه ترك معصية نهر (قوله أو ليقتلن فلانا) هذا اذا كانت يمينه موقتة فان كانت مطلقة لا يحنث الا فى آخر جزء من اجزاء حياته فيوصى بالكفارة اذا هلك الحالف ويكفر اذا هلك المحلوف عليه (قوله ينبغى ان يحنث نفسه ويكفر) لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير ثم ليكفر عن يمينه معناه من حلف على مقسم عليه من فعل أو ترك لان اليمين مركبة من مقسم به وهو بالله ومقسم عليه وهو قوله لافعلن أو لا افعل فكان من باب ذكر الكل وارادة البعض وفى وجه الاستدلال به نظر لانه قال ورأى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مشروط برؤية غيرها خيرا والجواب ان حال المسلم يقتضى ان يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله عناية (قوله ولا كفارة على كافر وان حنث مسلما) لعدم اهليته لليمين لقوله تعالى انهم لا أيمان لهم ولان الكفارة عبادة فى ذاتها وكونها عقوبة بالنظر الى سببها والكافر ليس اهلا للعبادة ولا لحكمها فلا تشرع فى حقه اصلا وعن هذا قلنا لو انه ارتد بعد ما حلف مسلما ثم اسلم فحنث لا تلزمه الكفارة وكذا لو نذر ما هو قربة من صدقة أو صوم لا يلزمه شئ وقوله تعالى وان نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم فالمراد بها صورة الايمان اذ المقصود منها رجاء النكول والكافر وان لم تثبت اليمين فى حقه شرعا لكنه يعتقد حرمة اليمين بالله تعالى نهر وزيلعى (قوله وعند الشافعى تلزمه الكفارة) لان اليمين تعقد للبر وهو اهل له لان البر يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله فيحمله اعتقاده على البر ولهذا يستحلف فى الدعاوى والخصومات ولنا قوله تعالى فقاتلوا أئمة الكفر انهم لا أيمان لهم ولانه ليس باهل لليمين لان المقصود منه البر تعظيما لله والكافر ليس من اهله لانه هاتك حرمة الاسم بالكفر والتعظيم مع الهتك لا يجتمعان بخلاف الاستحلاف فى الخصومات لانه اهل لمقصوده وهو النكول أو الاقرار زيلعى وقوله لمقصوده أى لمقصود الاستحلاف أى للمقصود من الاستحلاف على الحذف والايصال (قوله ومن حرم ملكه) وقع اتفاقا لانه لا يشترط فى اليمين ان يكون مالكا له حتى لو قال ملك فلان أو ماله على حرام يكون يمينا الا اذا أراد به الاخبار عن الحرمة زيلعى واعلم ان المراد من قوله ومن حرم ملكه أى على نفسه اما لو جعل حرمته معلقة على فعله فلا تلزمه الكفارة كما لو قال ان اكلت هذا الطعام فهو على حرام فاكله لا يحنث شرنبلالية عن البحر ثم اعلم انه اذا كان ملكه محرما كالخمر وقال هذا حرام على ثم اقدم على شربه فعند أبى حنيفة تجب الكفارة وعند أبى يوسف لا تجب والمختار للفتوى انه ان اراد به التحريم تجب الكفارة وان اراد الاخبار او لم ينو شيئا لا تجب كذا فى المنصورية ولو قال هذه الدراهم التى فى يدى حرام على ان اشترى بها شيئا يحنث وان وهب أو تصدق بها لا يحنث لانه فى العرف يراد بهذا التحريم الشراء حموى عن البرجندى ومثله فى الزيلعى معللا بان المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع عرفا لا حرمة الصدقة والهبة انتهى (قوله لم يحرم) لانه قلب المشروع ولا قدرة له على ذلك عينى واعلم ان المراد من قوله لم يحرم أى لعينه فلا يرد ما استشكله به بعضهم بانه لما

دون الصوم (ومن حلف على
معصية) مثل ان لا يصلى أو لا يكلم
أباه أو ليقتلن فلانا فى هذا اليوم مثلا
(ينبغى) أى يجب (ان يحنث) نفسه
(ويكفر) عن يمينه لا يقال الحنث
معصية أيضا لهتك حرمة اسم الله تعالى
لان هذه معصية رخصت فى الشرع
وماذكرنا من المعاصى ليس بمرخص
(ولا كفارة على كافر وان حنث)
حال كونه (مسلما) وعند الشافعى
تلزمه الكفارة (ومن حرم ملكه) بان
قال حرمت على ثوبى هذا (لم يحرم)
(و) لكن (ان استباحه) على نفسه
اى عامل بالمباح

لم يحرم لم يصح فيه لفظ الاستباحة ولا وجوب التكفير لان لفظ الاستباحة انما يذكر عند تناول الحرام وكذلك وجوب الكفارة انما يذكر عند ارتكاب الحرام والجواب ما اشرنا اليه من ان المراد بقوله لم يحرم أي لعينه فلا ينافي ثبوت الحرمة لغيره وهو اليمين الثابتة بقوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك حموي عن المفتاح (قوله كفر) ليمينه لان تحريم الحلال يمين ومنه قولها لزوجها أنت على حرام أو حرمتك على نفسي فلو طاوعته في الجماع أو اكرهها كفرت مجتبى وفيه اكل هذا الرغيف على حرام حنث بالبعض وفي والله لا آكله لا يحنث الا بالكل زاد في الاشباه الا اذا لم يمكن اكله في مجلس واحد در واعلم ان ما سبق من قوله ومنه قولها لزوجها أنت على حرام الخ جعله في البحر داخلا تحت قول المصنف ومن حرم ملكه ونصه وعبر بمن ليشمل ما لو قالت لزوجها انت على حرام الخ لكن تعقبه في النهر بان في شمول كلامه لذلك نظرا بينا ووجه النظر كما ذكره الحموي ان جعله لها واستمتاعه بها ليس مملوكا لها حتى يدخل في عموم قوله ومن حرم ملكه انتهى (قوله وقال الشافعي لا كفارة عليه) لانه قلب الموضوع فلا تنعقد اليمين الا في النساء والجواري ولنا قوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم وقال أنس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت له امة يطؤها فلم تزل به عائشة وحفصة حتى حرمها على نفسه فانزل الله عز وجل يا أيها النبي لم تحرم ما احل الله لك الخ الآية وقيل انه عليه السلام كان حرم العسل على نفسه والتمسك بالنص ظاهر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولان التحريم لما صار يمينا في الجواري فكذا جميع المباحات اذ لا فرق بين مباح ومباح زيلعي بقي ان يقال ما سبق من قوله لم يحرم أي لعينه فلا ينافي ثبوت الحرمة لغيره وهو اليمين يشير الى الجواب عما عساه يقال كيف يكون مخيرا بين الفعل والترك مع انه بالفعل يحنث ويأثم بان يقال ثمرة التخيير تظهر في تجويز الفعل وان لزم منه الحنث والاثم والا لزم نسبة المصطفى صلى الله عليه وسلم لفعل ما لا يجوز (قوله والقياس ان يحنث كما فرغ) لان كلمة كل للعموم وقد باشر فعلا مباحا كما فرغ من يمينه وهو التنفس ونحوه ووجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم فيسقط اعتباره فاذا سقط ينصرف الى الطعام والشراب للتعارف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لسقوط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب لما فيه من التخفيف وهذا جواب ظاهر الرواية زيلعي وعزاه في البحر الى الهداية ثم قال مع ان عبارة الحاكم في الكافي اذا قال الرجل كل حل على حرام سئل عن نيته فان نوى يمينا فهي يمين يكفرها ولا تدخل امرأته في ذلك الا ان ينوي فان نواها دخلت فان اكل أو شرب أو قرب امرأته حنث وسقط عنه الايلاء وان لم يكن له نية فهو يمين يكفرها ولا تدخل امرأته فيها ولو نوى به الطلاق فالقول فيه كالقول في الحرام أي يصح ما نوى وان نوى الكذب فهو كذب انتهى يقتضي ان الامر موقوف على نيته وانه لو نوى الكذب لا يلزمه شئ وهو غير مستفاد من عبارة الهداية انتهى (قوله والفتوى على انه تبين امرأته بلا نية) قال البزدوي في مبسوطه هكذا قال بعض مشايخ سمرقند ولم يتضح في عرف الناس في هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ولو كان العرف مستفيضا في ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح ان يقال ان نوى الطلاق يكون طلاقا فاما من غير دلالة فالاحتياط ان يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين انتهى قال الكمال وهذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف حرام على كلامك ونحوه كاكله ولبسه وتعارفوا أيضا الحرام يلزمني ولا شك في انهم يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا افعل كذا أو لافعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمني لا افعل كذا فانه يريد ان فعلت كذا فهي طالق ويجب امضاؤه عليهم انتهى (تنبيه) اذا لم يكن له امرأة وقد حلف بالصيغة العامة يلزمه كفارة يمين اذا أكل أو شرب شرنبلالية عن البحر ولو كان له وقت اليمين امرأة فابانها ثم فعل المحلوف عليه بعد العدة لا كفارة عليه لانصرافها الى الطلاق ولو نكح امرأة بعد اليمين ثم باشر الشرط اختلفوا والفتوى على ان زوجته لا تبين لانه جعل يمينا وقته فلا ينصرف

الى

٢ ستأتي الالفاظ الفارسية بترجمتها في احدى اللوازم الآتية ان شاء الله تعالى

(كفر) وعند الشافعي لا كفارة (و) لو قال (كل حل على حرام فهو) عليه (على الطعام والشراب) فيحنث باكله وشربه وان قل الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا حلالا كالتنفس وفتح العينين ونحوهما وهو قول زفر (والفتوى على انه تبين امرأته) أي بنية الطلاق وكذا (بلا نية) لو قال حلال بروي حرام أو حلال المسلمين وان قال لم انو الطلاق لم يصدق قضاء وفي قوله ٢ هرچه بدست راست گيرم بروي حرام قيل يجعل طلاقا بلا نية وهو اختيار مشايخ سمرقند والصحيح ان تقيد الجواب ونقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا وقيل ولو قال هرچه بدست چپ گيرم قيل يكون طلاقا الا بالنية ولو قال هرچه بدست گيرم قيل لا يكون طلاقا الا بالنية وقيل لا تشترط النية

ولو قال حلال الله على حرام وله امرأتان يقع الطلاق على واحدة واليه البيان في الاظهر (ومن نذر نذرا مطلقا) بان قال لله على صوم شهر مثلا (أو معلقا بشرط ووجد الشرط) (وفى به) في الصورتين مطلقا وعن الشافعي انه تتعين عليه كفارة اليمين فيما اذا علق نذره بشرط وعن محمد انه اذا علق نذره بشرط يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي اورد غائبي لا يخرج عنه بالكفارة

الى الطلاق بعده نهر (قوله ولو قال حلال الله على حرام وله امرأتان الخ) ينظر وجهه ويراجع البحر والنهر حموي قلت ظاهر ما في البحر والنهر عن الظهيرية من وقوع الطلاق البائن عليهن اذا كن ثلاثا أو اربعا وقوعه عليهما أيضا لكن استدرك عليه في النهر بما في الدراية لو كان له امرأتان وقع الطلاق على واحدة واليه البيان في الاظهر كقوله امرأتي طالق كذا وله امرأتان او اكثر انتهى وظاهر قوله أو اكثر أن وقوع الطلاق على واحدة واليه البيان لا يخص الثنتين بل كذلك لو كن ثلاثا أو اربعا فهو قول مقابل لما سبق عن الظهيرية وحيث كان وقوع الطلاق على واحدة واليه البيان هو الاظهر مطلقا سواء كان له امرأتان أو اكثر فما في الظهيرية من وقوعه على الكل خلاف الاظهر وان كان في البحر لم يحك خلافه ولم يذكر ما نقله في النهر عن الدراية (قوله ومن نذر الخ) النذر ايجاب الانسان على نفسه شيئا حموي عن المفتاح والنذر لا يدخل تحت الحكم فلا يجبره القاضي درر وعلله الزيلعي في الاكراه بانه لا مطالب له في الدنيا شيخنا (قوله وفى به) الوفاء ضد الغدر يقال وفى بعهده وفاء وأوفى بمعنى شيخنا عن المختار وقوله وفى أي عليه الوفاء به وجوبا هداية ومن المتأخرين من قال بفرضيته وهو الاظهر شرنبلالية عن البرهان وأراد بقوله وفى أي يلزمه الوفاء باصل القربة التي التزمها لا بكل وصف التزمه لانه لو عين درهما أو فقيرا أو مكانا للتصدق أو للصلاة فان التعيين ليس بلازم بحر بخلاف الوقف على الفقراء المقيمين ببلدة كذا لان مراعاة شرط الواقف لازم شيخنا واعلم انه يشترط لصحة النذر ان يكون من جنسه واجب أي فرض وان يكون عبادة مقصودة فخرج الوضوء وتكفين الميت كصوم وصلاة وصدقة ووقف واعتكاف واعتاق رقبة وحج ولو ماشيا فانها عبادات مقصودة ومن جنسها واجب لوجوب العتق في الكفارة والمشي للحج على القادر من أهل مكة والقعدة الاخيرة في الصلاة وهي لبث كالاعتكاف ووقف مسجد للمسلمين واجب على الامام من بيت المال والا فعلى المسلمين فتح فلا يلزم الناذر ما ليس من جنسه فرض كعيادة مريض وتشييع جنازة ودخول مسجد ولو مسجد الرسول او الاقصى لانه ليس من جنسها فرض مقصود وهذا هو الضابط درر وفي البحر شرائطه خمس فزاد ان لا يكون معصية لذاته فصح نذر صوم يوم النحر لانه لغيره وان لا يكون واجبا عليه قبل النذر فلو نذر حجة الاسلام لم يلزمه شئ غيرها وان لا يكون ما التزمه اكثر مما يملكه أو ملكا لغيره فلو نذر التصدق بالف ولا يملك الا مائة لزمه المائة فقط خلاصة انتهى قلت ويزاد ما في زواهر الجواهر ان لا يكون مستحيل الكون فلو نذر صوم امس أو اعتكافه لم يصح نذره در واعلم ان ظاهر كلامه يعطي انه لو قال لله على ان اهدي هذه الشاة وهي ملك الغير لا يلزمه شئ لفقد شرط الصحة وهو ان لا يكون المنذور في ملك غيره وبه صرح في البزازية لكن يشكل بما ذكره فيها من انه لو قال لاهدين هذه الشاة والمسئلة بحالها يلزمه النذر وان نوى يمينا كان يمينا انتهى فينظر وجه الفرق ولهذا قال في النهر والفرق بالتأكيد وعدمه مما لا أثر له يظهر في صحة النذر وعدمه ثم على الصحة هل يلزمه قيمتها أو يتوقف الحال على ملكها محل تردد انتهى واعلم انه وقع في النهر والفرق بين التأكيد وعدمه الخ والصواب بالتأكيد كما ذكرنا (تتمة) حلف بالنذر ينوي صياما ولم ينو عددا معلوما صام ثلاثة ايام واذا نوى صدقة ولم ينو عددا اطعم عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع (قوله في الصورتين) يعني المطلق والمعلق لكن يجب في الحال في المطلق وعند وجود الشرط في المعلق لان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط زيلعي (قوله مطلقا) أي سواء علقه بشرط يراد كونه أولا (قوله وعند محمد) في أكثر نسخ الدرس وعن محمد (قوله اذا علق نذره بشرط يريد كونه الخ) وهذا التفصيل مختار صاحب الهداية وهو وان كان قول المحققين فهو خلاف ظاهر الرواية ونظر فيه صاحب العناية وبين وجه النظر وقال عليه الوفاء بنفس النذر ولا ينفعه كفارة يمين لاطلاق الحديث يعني قوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى ووردت نظره برسالة وقد بينت صحة حصر الصحة فيما قاله صاحب الهداية فيتخير الناذر بين الوفاء بعين المنذور وبين كفارة يمين فيما اذا علق النذر بما لا يراد

كونه وعليه الفتوى شرنبلالية والحاصل ان فى المسئلة ثلاثة اقوال الاول لزوم الوفاء بالمنذور والثانى التفصيل الثالث التخيير مطلقا استفيد هذا من قوله فى البحر بعد عزوه التفصيل لصاحب الهداية والمذكور فى ظاهر الرواية لزوم الوفاء بالمنذور عينا منجزا كان أو معلقا وفى رواية النوادر هو مخير بين الوفاء و بين كفارة اليمين الخ و وجه الاستفادة ان قوله وفى رواية النوادر الخ باطلاقه شامل لما اذا كان مطلقا أو معلقا وكذا يشمل مالو علقه على شرط يراد كونه واستفيد مما قدمناه ان الترجيح اختلف فالشرنبلالى رجح تفصيل صاحب الهداية وصاحب العناية رجح لزوم الوفاء بالمنذور مطلقا تمسكا باطلاق الحديث ولم أر من رجح القول بالتخيير مطلقا وما فى البحر من قوله بعد ان عزا القول بالتخيير الى رواية النوادر قال فى الخلاصة و به يفتى فتحصل ان الفتوى على التخيير مطلقا تعقبه فى النهر بان وضع المسئلة فى الخلاصة فى التعليق الذى لا يراد كونه يمنع ما ادعاه من الاطلاق اعنى سواء اريد كونه أولا (قوله ويجب عليه الوفاء) تبع فى القول بالوجوب صاحب الهداية لكنه خلاف الاظهر كما سبق (قوله يتخير بين الكفارة و بين الوفاء الخ) لان كلامه نذر بظاهره يمين بمعناه لانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط فيميل الى أى الجهتين بخلاف ما اذا علق بشرط يريد ثبوته لان معنى اليمين وهو قصد المنع غير موجود لان قصده الرغبة فيما جعله شرطا درر (قوله رجع الى هذا القول) وهو التخيير فيما اذا علقه على شرط لا يراد كونه بعد ان كان يقول يلزمه الوفاء بما سمى من غير تخيير هذا حاصل ما يستفاد من كلام الشارح وفيه مخالفة لما فى الخلاصة حيث قال لو جعل على نفسه حجا أو صلاة أو صدقة مما هو طاعة ان فعل كذا ففعله لزمه ذلك الشئ ولم تجزه كفارة اليمين فى ظاهر الرواية والمروزى كان يقول ان شاء صام أو صلى أو حج وان شاء كفر وعن أبى حنيفة انه رجع عن هذا قبل موته بسبعة أيام وقال يجب فيه الكفارة قال السرخسى وهو اختيارى لكثرة البلوى وهكذا اختاره الشهيد وبه يفتى انتهى ولهذا قال السيد الحموى المستفاد من عبارة الخلاصة آخرا ان الفتوى على وجوب الكفارة لا التخيير انتهى (قوله و به أى بالتخيير كان يفتى اسماعيل الزاهد الخ) فعلى هذا اختلف النقل عن السرخسى فالشارح نقل عنه الافتاء بالتخيير وصاحب الخلاصة نقل عنه اختيار وجوب الكفارة من غير تخيير و يمكن دفع المخالفة اذ ما فى الخلاصة من وجوب الكفارة لا ينافى انه يخرج عن العهدة بايفاء ما التزمه وعليه فاسم الاشارة من قوله رجع عن هذا يرجع لما ذكره أولا من قوله ولم تجزه كفارة اليمين لا لما ذكره المروزى من التخيير خلافا لما فهمه السيد الحموى (قوله بر) لقوله عليه السلام من حلف وقال ان شاء الله بر فى يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع فى اليمين الا اذا كان انقطاعه لتنفس اوسعال ونحوه فانه لا يضر وظاهر كلام المصنف ان اليمين منعقدة الا انه لا حنث عليه اصلا لعدم الاطلاع على مشيئة الله تعالى وهذا قول أبى يوسف وعند أبى حنيفة ومحمد التعليق بالمشيئة ابطال وكذا كل ما يتعلق بالقول فالمشيئة المتصلة به ولو حكما تبطله كنذر وطلاق وعتاق واقرار عبادة أو معاملة وكذا سائر العقود سواء قصد الاستثناء أو لم يقصده علم حكمه أو لم يعلم بخلاف المتعلق بالقلب كالنية بحر وشرنبلالية وهذا اذا كان القول بصيغة الاخبار فلو بالامر أو النهى كاعتقوا عبدى بعد موتى ان شاء الله و بع عبدى هذا ان شاء الله لم يصح الاستثناء در ففى الاول يبقى موصى له بالعتق وفى الثانى يبقى وكيلا يبيعه لكن قال الحموى فى حاشية الاشباه وظاهر اطلاق المصنف فى الاقوال يشمل الاوامر وفى ذلك خلاف قال فى العمادية الاستثناء هل يعمل فى الاوامر قيل يعمل وقيل لا وصرح بان ان شاء الله فى الصوم لطلب التوفيق فظاهره انها ليست فيه للاستثناء حتى يقال ان النية ليست من الاقوال فلا تبطل بالاستثناء (تتمة) روى ان محمد بن اسحاق صاحب المغازى كان عند المنصور فكان يقرأ عنده المغازى وأبو حنيفة كان حاضرا عنده فاراد ان يغرى الخليفة عليه فقال ان الشيخ يخالف جدك فى الاستثناء المنفصل فقال له ابلغ من قدرك ان تخالف جدى فقال ان هذا يريد ان يفسد عليك

ويجب عليه الوفاء وان علقه بشرط لا يريد كونه كدخول الدار ونحوه يتخير بين الكفارة وبين الوفاء بما التزم وهو قول الشافعى فى الجديد وروى ان أبا حنيفة رجع الى هذا القول قبل موته بسبعة ايام وبه كان يفتى اسماعيل الزاهدى وشمس الائمة السرخسى ومشايخ بلخ (ولو وصل بحلفه ان شاء الله) بان قال والله لافعلن كذا ان شاء الله (بر)

ملكك

ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فبارك الله لك فى عهودك اذا فان الناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون ولا يحنثون فقال نعم ما قلت وغضب على محمد بن اسحاق وأخرجه من عنده وقال لابى حنيفة استر هذا على زيلعى (قوله والمراد به عدم الانعقاد) لان فيه عدم الحنث كالبر فاطلق عليه زيلعى (فروع) نذر ان يذبح ولده فعليه شاة لقصة الخليل والغاه الثانى والشافعى كنذره بقتله ولغا لو كان بذبح نفسه أو عبده وأوجب محمد الشاة ولو بذبح أبيه أو جده أو امه لغا اجماعا لانهم ليسوا من كسبه ولو قال ان برأت من مرضى هذا ذبحت شاة أو على شاة اذبحها فبرأ لا يلزمه شئ لان الذبح ليس من جنسه فرض بل واجب كالاضحية الا اذا زاد وأتصدق بلحمها لان التصدق من جنسه فرض وهى الزكاة فتح وبحر ففى متن الدر تناقض تنوير وشرحه واعلم ان النذر المعلق على شرط يفيد كونه لا يصح تعجيله قبل وجود شرطه تنوير فيما سبق بقى ان يقال ما سبق من تعليله عدم اللزوم فيما اذا قال ان برأت من مرضى على ذبح شاة بان الذبح ليس من جنسه فرض يفيد ان هدى المتعة والقران ليس بفرض

(باب اليمين فى الدخول والسكنى والخروج والاتيان وغير ذلك)

من الركوب لما كان انعقاد اليمين للفعل أو الترك لم يكن بد من ذكر أنواع الافعال فذكر فى هذا الباب خمسة أفعال وقدم الدخول والسكنى لان أول ما يحتاج اليه الانسان المسكن الذى يدخل فيه ثم تتوارد عليه الافعال نهر (قوله مبنية على العرف) فلا حنث فى لا يهدم بيتا ببيت العنكبوت الا بالنية در عن الفتح والمراد عرف الحالف فان كان من أهل اللغة اعتبر فيه عرف أهلها وان لم يكن اعتبر عرف غيرهم وفى مشترك الاستعمال يعنى بين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر اللغة على انها العرف نهر وبحر واعلم ان بناء الايمان على العرف مقيد بما اذا لم يكن له نية فان كانت واللفظ يحتمله انعقدت اليمين باعتباره كذا فى الفتح وفى البحر عن الحاوى المعتبر فى الايمان الالفاظ دون الاغراض انتهى ولعله قضاء وما ذكره الكمال ديانة فلا مخالفة شرنبلالية ويتفرع على اعتبار الالفاظ دون الاغراض ما لو اغتاظ على شخص فحلف لا يشترى له شيئا بفلس فاشترى له بدرهم أو أكثر لا يحنث كمن حلف لا يخرج من الباب فخرج من السطح لان العبرة لعموم اللفظ الا فى مسائل حلف لا يشتريه بعشرة حنث باحدى عشر بخلاف البيع تنوير وشرحه عن الاشباه ثم رأيت فى القهستانى ما نصه واعلم انه يراعى اللفظ والغرض فى الايمان وقيل يراعى اللفظ لا الغرض وقيل هذا عند أبى يوسف واما عند الطرفين فيراعى الغرض انتهى (قوله على الحقيقة) يعنى اللغوية در ولان الحقيقة أحق بالارادة زيلعى لكن قال السيد الحموى وشيخنا ان مذهب الشافعى ليس كذلك بل الايمان عنده مبنية على العرف انتهى واختلف النقل عن الامام أحمد فالعينى ذكره مع الشافعى فى انها مبنية على الحقيقة وفى البحر ذكر انها عنده مبنية على النية مطلقا وكذا فى الدر قال شيخنا فيكون عن أحمد روايتان انتهى والظاهر ان المراد من قوله فى البحر مطلقا أى سواء كان ما نواه حقيقة أم لا (قوله وعند مالك على معانى كلام القرآن) لانه نزل على أصح اللغات وأفصحها قلنا ان غرض الحالف ما هو المعهود المتعارف عنده فيتقيد بغرضه ولهذا لو حلف لا يجلس على الفراش أو على البساط أو لا يستضئ بالسراج لا يحنث بجلوسه على الارض ولا بالاستضاءة بالشمس زيلعى (قوله لا يحنث بدخول الكعبة الخ) لان البيت عرفا ما أعد للبيتوتة وهذه البقاع لم تبن لها وينبغى ان يحنث بالدخول فى البيت الحرام والمسجد ان نوى ذلك لان الآيات القرآنية ناطقة باطلاق اسم البيت عليهما نهر (قوله والبيعة) بكسر الموحدة نهر وفى الغاية البيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود قال القتبى فى تفسير لهدمت صوامع للصابئين وبيع للنصارى وصلوات أى بيوت صلوات يعنى كنائس لليهود ومساجد للمسلمين وفى الخلاصة عن الاصل حلف لا يسكن بيتا ولا نية له فسكن بيتا من شعر أو فسطاطا

والمراد به عدم الانعقاد أى لا يحنث أصلا فلا يكون يمينا

(باب اليمين فى الدخول والسكنى والخروج والاتيان وغير ذلك) الأصل ان الالفاظ المستعملة فى اليمين مبنية على العرف عندنا وعند الشافعى مبنية على الحقيقة وعند مالك على معانى كلام القرآن (حلف) ان (لا يدخل بيتا لا يحنث بدخول الكعبة والمسجد والبيعة) وهو معبد النصارى (والكنيسة) وهى معبد اليهود

أو خيمة لا يحنث ان كان الحالف من أهل المصر وان كان من أهل البادية يحنث شيخنا (قوله والدهليز) بكسر الدال ما بين الباب والدار فارسي معرب نهر (قوله وهو مسقف) ظاهره انه لو لم يكن مسقفا لم يحنث وليس كذلك لان السقف وصف فالتقييد به اتفاقي والحاصل كما في الشرنبلالية عن الكمال ان كل موضع اذا أغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة يصلح للبيتوتة يحنث بدخوله انتهى وذكر قبل هذا ان ذكر السقف في الدهليز لا حاجة اليه وعزاه الى الكمال ثم قال فكذا في الصفة واعلم ان ما ذكره في الهداية من تصحيح الحنث بدخول الصفة دون الدهليز وجرى عليه صاحب الدرر متعقب ولهذا خالفه الكمال لان المعنى فيهما واحد (قوله وهو الساباط الذي يكون على باب الدار) مسقف له جذوع اطرافه على جدار الباب والاطراف الاخرى على جدار الجار المقابل نهر (قوله ولا يكون فوقه بناء) عبارة القهستاني بلا بناء فوقه أو مع بناء مفتحه الى الطريق كما في المحيط الخ ثم رأيت العلامة الوانى أقر ما ذكره في الدرر مع زيادة قوله ولو كان فوقه بناء لا يقال لها ظلة (قوله وفي عرف أهل الكوفة يحنث في الصفة) لان صفافهم كانت ذوات حوائط أربعة والظاهر من عرف ديار صاحب هذا المختصر انها لا تبنى على هيئة البيوت بل تبنى ذات حوائط ثلاثة فلا تكون بيتا فلهذا قال لا يحنث وقال في النهاية الاصح عندي انه يحنث لان البيت اسم لشئ مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبني للبيتوتة فيه وهذا موجود في الصفة الا ان مدخلها أوسع من مدخل البيوت المعروفة فكان اسم البيت متناولا لها فيحنث بسكناها الا ان يكون نوى البيوت دون الصفاف فيدين لانه نوى خص العام بنيته زيلعي لكن لو أبدل سكناها بدخولها لكان أولى شيخنا (قوله لا يحنث بدخولها خربة) لان البناء وصف وهو في الغائب معتبر بخلاف ما اذا كانت الدار مشارا اليها حموي والمراد بخرابها ان تصير ساحة فاما اذا زال بعض حيطانها فينبغي ان يحنث في المنكر نهر الا اذا كان له نية بحر عن الفتح وظاهر اطلاقه عدم الحنث اذا نوى في القضاء والديانة قيد باليمين لانه لو وكله بشراء دار منكرة فاشترى دارا خربة نفذ على الموكل لتعرفهما من وجه باعتبار بيان الثمن والمحلة والا لم تصح الوكالة لتفاحش الجهالة وهي في اليمين منكرة من كل وجه فافترقا وأشار المصنف الى انه لو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم دخله يحنث وهو مروي عن أبي يوسف وقول أبي يوسف هو مسجد وان لم يكن مبنيا ويبقى بعد خرابه مسجدا الى يوم القيامة هو المفتى به ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه فدخل تلك الزيادة لا يحنث لان اليمين وقعت على بقعة معينة بخلاف الحالف على عدم دخول مسجد بني فلان أو دار بني فلان والمسئلة بحالها فانه يحنث لانه علق يمينه على الاضافة وذلك موجود في الزيادة بحر واحترز بقوله وقول أبي يوسف هو المفتى به عن قول محمد من ان المسجد اذا خرب واستغنى عنه فانه يعود الى ملك الباني أو ورثته كما في الاسعاف (قوله وفي هذه الدار يحنث بدخولها خربة) اختلف في تخريج هذه المسئلة فقيل اسم الدار لا يقع على العرصة قبل البناء وبعد ما بنيت تسمى دارا وحينئذ فالعرصة أصل في اطلاق هذه الاسماء والبناء بمنزلة الوصف والوصف في المعين غير معتبر حموي عن البرجندي (قوله وقال الفقيه أبو الليث ان كانت اليمين بالفارسية الخ) فالفرق بين المعرف والمنكر انما هو في العربية حموي عن البرجندي واعلم ان التفرقة بين المعرف والمنكر بالنسبة للدار اما البيت فلا فرق فيه بحر (قوله لا يحنث) لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا غلب عليها الماء أو جعلت نهرا فدخله قيد بالاشارة مع التسمية لانه لو أشار ولم يسم كما لو حلف لا يدخل هذه فانه يحنث بدخولها على أي صفة كانت دارا أو مسجدا أو حماما أو بستانا لان اليمين عقدت على العين دون الاسم والعين باقية بحر عن الذخيرة (قوله كهذا البيت الخ) قيد بالاشارة ايماء الى انه لا يحنث في المنكر بالاولى اما اذا انهدم فلزوال الاسم عنه حتى لو سقط السقف وبقيت حيطانه حنث بدخوله وجعل في البدائع هذا في المعين اما المنكر فلا حنث فيه لانه بمنزلة الصفة وهي في الحاضر لغو وفي الغائب معتبرا انتهى وفيه نظر بل لا فرق بين المنكر والمعرف حيث صلح لان يبات فيه واما اذا بني

(والدهليز والظلة والصفة) قال مشايخنا هذا اذا كان الدهليز بحال لو أغلق الباب بقي خارج البيت فان كان بحيث لو أغلق الباب يبقى داخل البيت وهو مسقف يجب ان يحنث وكذا الظلة بالضم وهو الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وفي عرف أهل الكوفة يحنث في الصفة (وفي دارا بدخولها خربة) أي لو حلف ان لا يدخل دارا منكرا لا يحنث بدخولها حال كونها خربة (و) ان حلف أن لا يدخل (في هذه الدار يحنث) بدخولها خربة (وان كانت) (بنيت دارا أخرى) مقامها (بعد الانهدام) وقال الفقيه أبو الليث لا يحنث ان كانت اليمين بالفارسية الا بدخول في المنكر والمشار اليه كذا في شرح النظم (وان جعلت) الدار المعينة (بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا أو نهرا) فدخله (لا) يحنث (كهذا البيت) أي كما لا يحنث ان حلف ان لا يدخل هذا البيت

بيتا آخر ولو نقض الاول فلان هذا المبنى غير البيت الذى منع نفسه من دخوله نهر وكذا اذا حلف لا يجلس الى هذه الاسطوانة أو الى هذا الحائط فهدم ثم بنى بنقضه لم يحنث لان الحائط اذا هدم زال الاسم عنه وكذا الاسطوانة فبطلت اليمين وكذا لو حلف ان لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه فكتب به لا يحنث لان غير المبرى لا يسمى قلما بل انبوبا فاذا كسره زال الاسم فبطلت اليمين وكذا اذا حلف على مقص فكسره ثم أعاده لان الاسم قد زال بالكسر وكذا كل سكين أو سيف كسر ثم أعيد بخلاف ما لو نزع مسمار المقص ولم يكسر ثم أعيد فيه مسمار آخر فانه يحنث لان الاسم لم يزل بزوال المسمار وكذا ان نزع نصاب السكين وجعل عليه نصاب آخر يحنث لان السكين اسم للحديدة ولو حلف على قميص لا يلبسه أو قباء محشوا أو مبطنا أو جبة مبطنة أو محشوة أو قلنسوة أو خفين فنقض ذلك كله ثم أعيد يحنث لان الاسم باق بعد النقض بخلاف ما لو حلف لا يركب هذه السفينة فنقضت ثم أعيدت بذلك الخشب فركبها لا يحنث أو حلف لا يركب هذا السرج فنقضه ثم أعاده لا يحنث لزوال الاسم بعد النقض بحر (قوله فهدم ثم دخل) الفرق بين الدار والبيت حيث يحنث بدخول الدار منهدمة ولا يحنث بدخول البيت منهدما ان اسم الدار يطلق فى العرف على المنهدمة واسم البيت لا يطلق على المنهدم حموى عن البرجندى (قوله أو بنى دارا أخرى) صوابه بيتا آخر كما فى العينى (قوله والواقف على السطح داخل) لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد فاذا حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها بأن توصل اليه من سطح آخر فانه يحنث وقيل فى عرفنا لا يحنث وما فى المختصر قول المتقدمين ومقابله قول المتأخرين ووفق بينهما فى الفتح بحمل ما فى المختصر على ما اذا كان للسطح حضير وحمل مقابله على ما اذا لم يكن له حضير أى ساتر بحر ومقتضاه انه لو حلف لا يخرج منها فصعد الى سطحها الذى لا حضير له ان يحنث والمسطور فى الغاية انه لا يحنث مطلقا لانه ليس بخارج ويؤيده ما فى المحيط لو ارتقى الى شجرة أغصانها خارج الدار بحيث لو سقط سقط فى الطريق لم يحنث نهر والسطح معروف وهو من كل شئ أعلاه حموى عن الصحاح قيد بالسطح لانه لو حلف لا يدخل دار فلان فحفر سردابا تحت دار فلان أو قناة فدخل السرداب أو القناة لم يحنث لانه لم يدخل ولو كان للقناة موضع مكشوف فى الدار فان كان كبيرا يستقى منه أهل الدار فاذا بلغ ذلك الموضع حنث لانه من الدار وان لم ينتفع به أهل الدار لم يحنث لانه ليس من مرافق الدار ولا يعد داخله داخل الدار ولو اتخذ فلان سردابا تحت داره وجعل لها بيوتا وجعل لها أبوابا الى الطريق فدخلها الحالف حنث لان السرداب تحت الدار من بيوتها كذا فى المحيط وأفاد باطلاقه انه لا فرق فى المحلوف عليه بين ان يكون دارا أو بيتا أو مسجدا فان كان فوق المسجد مسكن فدخله لا يحنث لانه ليس بمسجد كما فى البدائع وأشار بقوله داخل الى الاحتراز عما لو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير الباب لم يحنث لعدم الشرط وهو الدخول من الباب فان نقب للدار باب آخر فدخل يحنث لانه عقد يمينه على الدخول من باب منسوب للدار وقد وجد اذ الباب الحادث كذلك وان عنى به الاول يدين لان لفظه يحتمله ولا يدين فى القضاء لانه خلاف الظاهر وان عين الباب فقال لا أدخل من هذا الباب فدخل من باب آخر لا يحنث بحر (قوله والجدار) يعنى الخاص ولهذا قال فى البحر ولو كانت الحائط التى قام عليها مشتركة بينه وبين جاره لم يحنث كما فى الظهيرية والحاصل انه اذا حلف لا يدخل هذه الدار أو دار فلان فانه يحنث بالوقوف على سطحها أو حائطها أو شجرة فيها أو عتبتها حيث كانت داخل الباب أو دهليزها أو صحنها أو كنيفها أو ظلتها أو بستانها الذى فى وسطها ويحنث بدخولها على أى صفة كان الحالف راكبا أو ماشيا أو محمولا بأمره حافيا أو منتعلا بشرط ان يكون مختارا ولو دفعته الريح وأوقعته فى باب الدار فالصحيح انه لا يحنث ان كان لا يستطيع الامتناع وان كانت الدابة جموحا فانفلتت وأدخلته فى الدار وهو لا يستطيع امساكها لا يحنث وان أدخله انسان مكرها فخرج منها ثم دخل مختارا فالفتوى على انه يحنث بحر عن الظهيرية واعلم ان ما ذكره من ان الفتوى على انه يحنث يحمل على القول بعدم انحلال اليمين فيما لو حلف لا يدخل

(فهدم) ثم دخل (أو بنى) دارا (أخرى) مقامها ثم دخل (والواقف على السطح) والجدار (داخل) حتى لو حلف ان لا يدخل هذا البيت فوقف على سطحه أو جداره حنث

فادخل مكرها أو القته الريح فيها أو ادخلته الدابة ولم يكن له قدرة على الامتناع وهو الصحيح نهر عن الدراية لكن سيأتى عن السيد ابى شجاع انها تنحل وهو ارفق بالناس واعلم ان المراد بالاكراه على الدخول ما اذا حمله انسان وأدخله أما اذا هدده حتى دخل بنفسه فانه يحنث لوجود الفعل منه ولا فرق فى حنثه لو حلف لا يدخل دار فلان بين ان يسكنها بالملك أو بالاجارة أو بالعارية الا اذا استعارها ليتخذ فيها وليمة نهر وفى المحيط حلف لا يدخل دار فلان وله دار يسكنها ودار غلة فدخل دار الغلة لا يحنث وفى الخانية حلف لا يدخل دار ابنته اودار أمه وابنته أو امه تسكن فى بيت زوجها فدخل الحالف حنث ولو حلف على أولاد زوجته لا يدخلون بيته لا يحنث بدخول واحد لانه جمع ليس فيه الالف واللام فكان كحلفه لا يكلم رجالا أو نساء حيث لا يحنث بالواحد بخلاف ما لو حلف لا أكلم الفقراء او المساكين أو الرجال فانه يحنث بالواحد لانه اسم جنس فالجمع المعرف بالالف واللام كالمفرد وغير المعرف على حقيقته ولا تأثير للاضافة وعدمها بدليل ما فى الواقعات لو قال لا أكلم اخوة فلان وليس له الا واحد فان كان يعلم يحنث اذا كلم ذلك الواحد لانه ذكر الجمع وأراد الواحد وان لم يعلم لا يحنث لانه لم يرد الواحد فبقيت اليمين على الجمع فهو صريح فى ان الجمع المضاف كالمنكر لكن فى القنية ان أحسنت الى أقربائك فأنت طالق تطلق بالاحسان الى واحد ولا يراد الجمع فى عرفنا فيحتاج الى الفرق الا ان يدعى ان فى العرف فرقا بحر وسئل أبو نصر عمن قال لامرأته ان دخلت دار فلان ما دام فلان فيها او قال ما كان فلان فيها فخرج فلان من الدار باهله ومتاعه ثم عاد اليها ثم دخل الحالف الدار قال لا يحنث قال هشام قلت له اذا عاد اليها اليس انه قد كان فيها قال لا يحنث لانه حيث خرج منها لم يكن فيها قلت له وكذلك قوله لا أكلم فلانا ما دام على هذا الثوب أو ما زال على هذا الثوب فلو نزعه ثم لبسه ثم كلمه قال محمد نعم لا يحنث وفى مجموع النوازل ما يخالف هذا قال ولو قال ان كلمتك ما كنت فى هذه الدار فامرأته كذا فخرج ثم عاد ثم كلمه حنث والفرق انه يكون كون بعد كون ولا يكون ديمومة بعد ديمومة شيخنا عن فصول العمادى (قوله والمختار ان لا يحنث ان كان الحالف من بلاد العجم) لانه لا يسمى داخلا عرفا در (قوله وفى طاق الباب) أى باب الدار والطاق ما عطف من الابنية حموى عن المفتاح (قوله لا يحنث) لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار والمراد بطاق الباب عتبته بحيث اذا أغلق الباب كانت خارجة عنه وهى المسماة باسكفة الباب بحر (قوله أو احدى رجليه) لان الانفصال التام لا يكون الا بالقدمين خلافا لما فى كثير من الكتب ان استوى الجانبان أو كان الجانب الخارج أسفل لم يحنث وان كان الجانب الداخل أسفل حنث وفى الظهيرية ولو ادخل رأسه واحدى قدميه حنث بحر (قوله ودوام الخ) والفارق ان كل ما يصح امتداده له دوام كالقعود والقيام والنظر ونحوه وما لا يمتد لا دوام له كالدخول والخروج وأشار المصنف الى انه لو قال كلما ركبت فأنت طالق وهو راكب ومكث ثلاث ساعات طلقت ثلاثا فى كل ساعة طلقة بخلاف ما اذا لم يكن راكبا فركب فانها تطلق واحدة ولا تطلق بالاستمرار وعلى هذا لو قال كلما ركبت هذه الدابة فلله على ان اتصدق بدرهم ثم ركبها ودام عليه فعليه درهم واحد ولو قال ذلك حالة الركوب لزمه فى كل ساعة يمكنه النزول درهم قلت فى عرفنا لا يحنث الا بابتداء الفعل فى الفصول كلها وان لم ينو وعن أبى يوسف ما يدل عليه ولو حلف لا يدخلها غدا وهو فيها فمكث حتى مضى الغد لم يحنث لانه لم يدخلها فيه ولو نوى بالدخول الاقامة فيه حنث بحر (قوله وقال زفر يحنث) لوجود اللبس والركوب والسكنى بعد اليمين وان قل وذلك كاف للحنث ولنا ان اليمين تعقد للبر ولا يمكن تحقيق البر الا باستثناء هذه المدة فلا تدخل للضرورة لان الشارع أمر بالبر ونهى عن الحنث بقوله تعالى واحفظوا ايمانكم وبقوله ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها فلو لم يستثن زمن البر لكان تكليفا بما ليس فى الوسع فان قيل اليمين كما تعقد للبر تعقد للحنث كما فى قوله لامسن السماء قلنا هناك ايضا عقدت للبر لتصور البر حقيقة وان لم يتصور عادة وانما يحنث بعد انعقاده للعجز عادة لا لانها عقدت للحنث زيلعى (قوله فمكث اياما لم يحنث حتى يخرج الخ)

والمختار ان لا يحنث ان كان الحالف من بلاد العجم وعليه الفتوى وان كان من بلاد العرب يحنث وهو جواب الاصل (و) ان وقف (فى طاق الباب) بحيث لو أغلق الباب يكون خارجا (لا) يحنث وأما اذا كان داخلا يحنث ولو أدخل رأسه او احدى رجليه لم يحنث (ودوام اللبس والركوب والسكنى كالانشاء لا دوام الدخول) حتى لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فنزع أو نزل او انتقل فى الحال لا يحنث وقال زفر يحنث ولو حلف ان لا يدخل هذه الدار وهو فيها فمكث فيها أياما لم يحنث حتى يخرج ثم يدخل

ونظير

ونظير المسئلة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج وهو متزوج اولا يتطهر
وهو متطهر فاستدام الطهارة أو النكاح لا يحنث بحر (قوله وهو المراد بدوام الدخول) أى المكث فيها
أياما حموى (قوله والا فالدخول لا دوام له) اذ الدوام على الفعل لا يتصور حقيقة لان الدوام هو البقاء
والفعل المحدث عرض والعرض مستحيل البقاء فيستحيل دوامه فكان المراد بالدوام تجدد امثاله بحر
(قوله ولو حلف ان لا يسكن الخ) لما كان بالاخذ فى النقلة يبر ذكر معناها (قوله او المحلة) هى المسماة
فى عرفنا بالحارة والسكة كالمحلة بحر (قوله واهله) الواو بمعنى او لان الحنث يحصل ببقاء احدهما من
غير توقف عليهما فلو قال نويت التحول ببدنى خاصة لم يصدق فى القضاء ويدين بحر عن البدائع (قوله
وهو يريد ان لا يعود اليها) قيد بذلك ليعلم حكمه فيما اذا اراد العود أو لم يكن له نية بالاولى (قوله بخلاف
المصر) او البلد حيث لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روى عن ابى يوسف لانه لا يعد ساكنا
فى الذى انتقل عنه عرفا بخلاف الاول بحر لكن قال فى النهر و فى عصرنا يعد ساكنا بترك اهله ومتاعه فلو
خرج وحده ينبغى ان يحنث (قوله او القرية) اشار به الى ما فى البحر عن الهداية من ان القرية بمنزلة المصر
فى الصحيح من الجواب (قوله وان كان وتدا) بكسر التاء افصح من فتحها قهستانى لان السكنى تثبت بكل
المتاع فتبقى ببقاء شئ منه وهذا مذهب الامام واختلف الترجيح فالفقيه أبو الليث رجح قول الامام ورجح
فى الهداية قول محمد ومنهم من صرح بان الفتوى عليه كما فى الفتح وصرح كثير كصاحب المحيط والفوائد
الظهيرية والكافى بان الفتوى على قول أبى يوسف فقد اختلف الترجيح والافتاء بمذهب الامام أولى لانه
أحوط وان كان غيره ارفق ويتفرع على كون السكنى تبقى ببقاء اليسير من المتاع عنده انه لو انتقل
المودع وترك الوديعة لاذير فى المنزل المنتقل عنه لا يضمن وعندهما يضمن ذكره الرازى بحر ولا يخفى ما فيه
من التفريط فى الحفظ (قوله وعند محمد الخ) فى الشرنبلالية عن البرهان هو اصح ما يفتى به من التصحيحين
(قوله ومشايخنا قالوا الخ) هذا تقييد لاطلاق الحنث عند الامام ببقاء القليل من المتاع يعنى ما ذكر من انه
يحنث ببقاء القليل عند الامام ليس على اطلاقه بل قيده المشايخ بما اذا كان ذلك الباقى مما يقصد به
السكنى (قوله فأما الاهل الخ) والمراد بالاهل زوجته وأولاده الذين معه وكل من كان يأويهم لخدمته
والقيام بأمره بحر عن البدائع (قوله بلا تأخير) واعلم انه انما يحنث بتأخير ساعة ان أمكنه النقل فيها فاما اذا
لم يقدر بأن دخل الليل وخاف من لص أو منع من ذى شوكة أو لم يجد ما ينتقل اليه أو اغلق عليه الباب فلم
يقدر على فتحه أو كان شريفا وضعيفا عن حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لم يحنث ويلحق ذلك الوقت
بالعدم للضرورة وقولنا وخاف من لص انما هو قيد فى الرجل اذ وجود الليل كاف فى حق المرأة حتى لو قال
لها ليلا ان سكنت هذه الدار فأنت طالق عذرت حتى تصبح لانها فى معنى المكرهة بخلاف الرجل لانه
لا يخاف هو المختار وينبغى فى ديارنا ان يكون وجود الليل عذرا فى حق الرجل أيضا اذا كان يخشى من
مصادفة الوالى او اتباعه بخلاف ما اذا قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع عن
الخروج أو قال لامرأته ان لم تجيئى الليلة الى البيت فأنت طالق فمنعها والدها حيث تطلق فيهما هو الصحيح
والفرق ان شرط الحنث فى هذه المسئلة هو الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه وللاكراه تأثير فى اعدام
الفعل والشرط فى تلك المسئلة عدم الفعل ولا اثر للاكراه فى ابطال العدم بحر (قوله واذا انتقل الى السكة
الخ) ظاهر اطلاقه انه لا فرق بين كون الدار ملكا أو مستأجرة وسيأتى عن شرح السيد ما يخالفه حموى
(قوله لا يبر) كذا فى الهداية ودليله فى الزيادات من خرج بعياله من مصره فلم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه
الاول فى حق الصلاة كذا هذا انتهى وفى الفتح واطلاق عدم الحنث أوجه وكون وطنه باقيا فى حق اتمام
الصلاة ما لم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان انتهى وفى الظهيرية والصحيح انه
يحنث ما لم يتخذ مسكنا آخر بحر وفيه لو كان له فى الدار زوجة يراودها الخروج فأبت ولم يقدر على اخراجها
فانه لا يحنث ببقائها (قوله وان كان فى طلب مسكن آخر فترك الامتعة الخ) وكذا لو بقى هو فيها أياما

وهو المراد بدوام الدخول والا
فالدخول لا دوام له فكيف يستديم
قوله لا دوام الدخول وقال الشافعى
يحنث ولو حلف ان (لا يسكن هذه
الدار أو البيت أو المحلة فخرج) منها
(وبقى متاعه واهله) فيها وهو يريد
ان لا يعود اليها (حنث بخلاف) ما لو
حلف ان لا يسكن فى هذه (المصر)
أو القرية فخرج بنفسه وترك أهله
ومتاعه فانه لا يحنث قوله حنث أى
حنث مطلقا سواء بقى من متاعه قليل
أو كثير وان كان وتدا عند أبى حنيفة
وعند أبى يوسف ان نقل الاكثر
لا يحنث وان نقل الاقل يحنث وعليه
الفتوى وعند محمد ان نقل الى
المسكن الثانى ما يتأتى له السكنى به
لم يحنث ومشايخنا قالوا هذا اذا كان
الباقى مما يقصد به السكنى فاما ان
بقى مكنسة أو وتد أو قطعة حصير
لا يبقى ساكنا فلا يحنث وهذا
الاختلاف فى نقل الامتعة فاما الاهل
فلا بد من نقل الكل بلا خلاف
وينبغى ان ينتقل الى منزل آخر بلا
تأخير حتى يبر واذا انتقل الى السكة
أو الى مسجد قالوا لا يبر وان كان
فى طلب مسكن آخر فترك الامتعة
فيها لا يحنث فى الصحيح اذا لم يفرط
فى الطلب وهذا اذا كان الحالف
ذا عيال فان كان فى عيال غيره أو كان
ابنا كبيرا يسكن مع أبيه أو كانت
امرأة لا يحنث بترك المتاع لان المعتبر
هنا مسكنه فقط

يطلب منزلا آخر أو خرج واشتغل بطلب دار أخرى لنقل الاهل والمتاع أو خرج لطلب دابة لينقل عليها المتاع فلم يجد أياما لم يحنث وكذا لو كانت أمتعته كثيرة فاشتغل بنقلها بنفسه وهو يمكنه ان يستكري دابة فلم يستكر لم يحنث بحر (قوله وهذا اذا كان بالعربية) فملخص من كلامه ان حنثه بترك متاعه وأهله مقيد بقيود ان تكون يمينه بالعربية وان يكون الحالف مستقلا بالسكنى وان لا يكون الترك لطلب منزل اذا لم يفرط في الطلب شيخنا (قوله اذا سلم الدار الى صاحبها) استحسن هذا التفصيل في البحر ومال في الفتح الى اطلاق عدم الحنث بمجرد تسليم المفتاح أولا وعلله بأن العرف بعده غير ساكن (قوله ولو حلف لا يخرج من المسجد الخ) وفي البدائع الخروج من الدور والمسكونة ان يخرج الحالف بنفسه ومتاعه وعياله كما اذا حلف لا يسكن ومن البلدان والقرى ان يخرج ببدنه وخاصته وعلى هذا فمن صور المسئلة في البيت يحمل كلامه على ان الحالف كان تبعا لغيره في السكنى كما مر نهر والبلدان بالضم كذا كان شيخنا (قوله لا يخرج فأخرج الخ) وهذا الحكم لا يختص بالحلف على الخروج لانه لو حلف لا يدخل فأدخل محمولا بأمره حنث وبرضاه لا بأمره أو مكرها لا بحر (قوله حنث) لان فعل المأمور يضاف اليه (قوله أو أخرج مكرها) بأن حمله انسان وأخرجه كارها لذلك أما اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف ان الاكراه بهذا المعنى لا يعدم الفعل عندنا وقدمنا ترجيح ان اليمين لا تنحل وقال السيد بن شجاع تنحل وهو أرفق بالناس واثر الخلاف يظهر فيما لو دخل بعد هذا الاخراج فعلى الراجح يحنث لا على مقابله نهر وفتح والصواب ان يقال ان اثر الخلاف يظهر فيما لو دخل بعد هذا الاخراج ثم خرج لان اليمين على الخروج فلا يحنث الا بالخروج ثانيا بعد ما دخل بحر واعلم ان صاحب البحر في فتاويه أفتى بانحلالها أخذا بقول ابن شجاع بقي ان ما سبق من انه اذا توعده فخرج بنفسه حنث حكاه القهستاني بقيل ونصه خرج بقدميه للتهديد لم يحنث وقيل يحنث كما في المحيط انتهى (قوله لا يحنث) أما عدم الحنث فيما لو أخرج مكرها فباتفاق وأما فيما اذا أخرج راضيا لا بأمره فعلى الصحيح كما سيذكره الشارح لان الفعل انما ينتقل بالامر ولم يوجد (قوله كلا يخرج الا الى جنازة) وأفاد في المحيط انه يكفي في قصد الخروج الى الجنازة الانفصال من باب الدار لانه بذلك يعد خارجا انتهى سواء مشى معها وصلى عليها أو لا نهر (قوله أي كلا يحنث لو حلف ان لا يخرج الخ) لان الموجود هو الخروج المستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الانفصال من داخل والاتيان الى حاجة أخرى عبارة عن الوصول فتغايرا فلا يحنث زيلعي (قوله قال بعض مشايخنا ان أخرج برضا قلبه لا بأمره يحنث الخ) هذا يتعلق بما لو حلف ان لا يخرج فأخرج محمولا برضاه لا بأمره ولو قدمه على قوله كلا يخرج الا الى جنازة لكان أولى (قوله لا يخرج أو لا يذهب الخ) لم أر من صرح بلفظ الرواح وهو كثير في كلام المصريين وقد قال الازهري الرواح الذهاب سواء كان أول الليل أو آخره أو في الليل قال النووي وهذا هو الصواب انتهى فعلى هذا اذا حلف لا يروح الى كذا فهو بمعنى الخروج بحر وتعقبه في الشرنبلالية بأن الدليل خاص بالذهاب ليلا والمدعى أعم فينبغي ان يبتنى على العرف الخ وفيه نظر اذ ليس في الدليل ما يقتضي التخصيص بالليل (قوله ثم رجع) ظاهره انه يشترط لحنثه رجوعه وليس كذلك لانه يحنث بالخروج على قصدها سواء رجع أم لم يرجع الا ان يراد به العود عن ارادته اياها وهذا أدق بما اذا قصد غيرها نهر والظاهر ان يقال تقييده بالرجوع ليعلم حنثه عند عدم رجوعه بالاولى (قوله واعلم انه يشترط للحنث الخ) ولو كان بينه وبين المحلوف عليه دون مدة السفر شرنبلالية عن البحر وأقول الذي في البحر عن الفتح لو لم يكن بينه وبينها مدة السفر ينبغي ان يحنث بمجرد انفصاله من الداخل انتهى والظاهر ان قوله في الشرنبلالية ولو كان بينه وبين المحلوف عليه الخ ليس واصلا بما قبله بل سقط جواب الشرط وهو قوله لا يشترط لحنثه مجاوزة العمران دل على ذلك عزوه للبحر ومن هنا يعلم ما وقع لبعضهم في هذا المقام (قوله على نية الخروج الى مكة) كأنه ضمن لفظ أخرج أسافر للعلم بأن المضي اليها سفر والفرق بين الخروج الى مكة حيث لا يحنث الا بمجاوزة العمران بخلاف

الخروج

وهذا اذا كان بالعربية فاما اذا قال بالفارسية من بدين خانه اندر نباشم

(معاني الكلمات الفارسية) من بدين خانه اندر نباشم
انا في هذه الدار فيها ما أكون
أنا لا أكون في هذه الدار أي لا أسكنها

فخرج بنفسه بعزم ان لا يعود لا يحنث وان خرج بعزم ان يعود حنث قال الفقيه أبو الليث في الدار المستأجرة اذا سلم الدار الى صاحبها بر في يمينه وان كان هو والمتاع في السكة أو المسجد كذا في شرح السيد ولو حلف (لا يخرج) من المسجد (فأخرج) حال كونه (محمولا) ملتبسا (بأمره حنث و) لو حلف ان لا يخرج فأخرج محمولا (برضاه لا بأمره أو) أخرج (مكرها لا) يحنث (كلا يخرج) من داره (الا الى جنازة فخرج) منها (اليها) ثم (أتى) الخارج (الى حاجة) أخرى وقال بعض مشايخنا ان أخرج برضا قلبه لا بأمره يحنث والصحيح الاول ولو حلف (لا يخرج أو لا يذهب الى مكة فخرج) من بيته حال كونه (يريدها) ثم (رجع) من غير وصول اليها (حنث) واعلم انه يشترط للحنث ان يجاوز عمران مصره على نية الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل ان يجاوز عمران مصره لا يحنث وان كان على هذه النية

الخروج الى الجنازة حيث لا يشترط فيه ذلك ان الخروج الى مكة سفر ولا سفر قبل مجاوزة العمران (قوله والذهاب كالخروج في الصحيح) وهذا اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى أحدهما فهو على مانوى لانه نوى ما يحتمله لفظه زيلعي (قوله وقيل لا يحنث مالم يدخلها) لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الاتيان ووجه الاول انه بمنزلة الخروج يقال ذهب الى مكة بمعنى خرج اذا زال عن مكانه فلا يقتضي الوصول ولهذا صح ان يقال ذهب الى مكة قبل الوصول اليها كما يقال خرج الى مكة بخلاف الاتيان زيلعي ثم في الخروج والذهاب تشترط النية عند الانفصال للحنث وفي الاتيان لا يشترط بل اذا وصل اليها يحنث نوى أو لم ينو لان الخروج متنوع يحتمل الخروج اليها والى غيرها وكذا الذهاب فلا بد من النية عند ذلك كالخروج الى الجنازة بخلاف الاتيان لان الوصول غير متنوع وفي البحر عن الذخيرة حلف ان لا تأتي امرأته عرس فلان فذهبت قبل العرس وكانت ثمة حتى مضى العرس لا يحنث لانها ما أتت العرس بل العرس أتاها انتهى (قوله حلف ليأتينه) هو على ان يأتي منزله أو حانوته لقيه أو لم يلقه وان أتى مسجده لم يحنث بحر (قوله فلم يأته حتى مات حنث) واصل هذا ان الحالف في اليمين المطلقة لا يحنث مادام الحالف والمحلوف عليه قائمين لتصور البر فاذا مات أحدهما فانه يحنث كذا في الغاية وبهذا ظهر ان الضمير في قوله حتى مات يعود الى أحدهما أيهما كان لا انه خاص بالحالف كما هو المتبادر من العبارة وقيد باليمين المطلقة لانها لو كانت مقيدة كقوله ان لم أدخل هذه الدار اليوم فعبدي حر فان الحنث معلق بآخر الوقت حتى اذا مات الحالف قبل خروج الوقت ولم يدخل لا يحنث وأما اذا مضى الوقت قبل دخوله وهو حي عتق العبد بحر وقيد بقوله حتى مات لانه لو ارتد ولحق بدار الحرب لا يحنث وان كان ذلك موتا حكما لبطلان يمينه بالله تعالى بمجرد الردة كما مر نهر (قوله أي صحة أسباب الاتيان) أي تهيئه لارادة الفعل على وجه الاختيار بخرج الممنوع وينبغي انه اذا نسي اليمين لا يحنث لان النسيان مانع وكذا الوجن فلم يأته حتى مضى الغد بحر (قوله وسلامة الآلات) أي الجوارح فالمريض ليس بمستطيع نهر (قوله وارتفاع الموانع) كذا ذكره الزيلعي وتعقبه في النهر بان ذكره بعد قوله سلامة الاسباب والآلات حشو (قوله لا قضاء) وقيل يصدق قضاء أيضا لانه نوى حقيقته اذ اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك عليهما ورد بانه وان كان مشتركا الا انه تعورف استعماله عند الاطلاق عن القرينة للمعنى الاول فصار ظاهرا فيه فلا يصدقه القاضي في خلافه شرنبلالية عن الفتح وفي الزيلعي واذا نوى استطاعة الفعل لا يتصور حنثه أبدا لانها لا تسبق الفعل انتهى (قوله شرط الاذن لكل خروج) لان معناه لا تخرجي الا خروجا ملصقا باذني فالمستثنى منه نكرة في سياق النفي فافاد العموم فاذا خرج منها بعض بقي ما عداه على حكم النفي فلو قال عنيت الاذن مرة يصدق ديانة وقضاء عند أبي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف وعنه انه لا يصدق في القضاء وعليه الفتوى حموي عن البرجندي ويشترط ان لا يكون الخروج لوقوع غرق أو حرق غالب فان كان لم يحنث ثم اذا حنث بخروجها مرة بغير اذن لا يحنث بخروجها مرة أخرى لعدم ما يوجب التكرار وانحلت اليمين بالاول كما في الظهيرية وطريق اسقاط هذا الاذن ان يقول كلما اردت الخروج فقد اذنت لك ولو نهاها عنه بعد ذلك لم يعمل نهيه عند أبي يوسف خلافا لمحمد وبه أخذ ابو الفضل واجمعوا انه لو اذن لها في خرجة ثم نهاها عن تلك الخرجة فان نهيه يعمل ولو أذن لها ثم قال كلما نهيتك فقد اذنت لك فنهاها لم يصح نهيه وان لا تقوم قرينة على عدمه حتى لو قال لها في غضب اخرجي ينوي التهديد لم يكن اذنا وفي المحيط حلفه ثلاثة ان لا يخرج من بخارى الا باذنهم فاذن أحدهم لا يخرج وان مات أحد الثلاثة فخرج لم يحنث لانه ذهب الاذن الذي وقعت عليه اليمين ولو قال الا باذن فلان فمات المحلوف عليه بطلت اليمين عندهما خلافا لابي يوسف ويشترط في اذنه لها ان تسمعه فلو غير مسموع لم يكن اذنا قيل هذا قولهما وعند ابي يوسف وزفر يكون اذنا والصحيح انه على قولهما أيضا لا يكون الا بالسماع والفهم فلو اذن لها بالعربية ولا عهد لها بها فخرجت حنث نهر بخلاف لا تخرج الا بعلمه فخرجت وهو يراها فمنعها لم يحنث ولو أذن لها

والذهاب كالخروج في الصحيح وقيل لا يحنث فيه مالم يدخلها (وفي لا يأتيها) أي فيما اذا حلف ان لا يأتي مكة (لا) يحنث مالم يدخلها ولو حلف (ليأتينه) أي فلانا (فلم يأته حتى مات حنث في آخر) جزء من أجزاء (حياته) حلف (ليأتينه) غدا (ان استطاع فهي استطاعة الصحة) أي صحة أسباب الاتيان وسلامة الآلات وارتفاع الموانع حتى لو لم يمنع عنه مانع من مرض أو سلطان أو عارض آخر فلم يأته حنث (وان نوى) بها (القدرة) الحقيقية التي يحدثها الله سبحانه للعبد حالة الفعل مقارنة له عند أهل السنة (دين) أي صدق ديانة فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى لا قضاء حلف (لا تخرج) امرأته (الا باذني شرط) الاذن (لكل خروج)

بالخروج فخرجت بغير علمه لا يحنث وان لم يأذن لها فخرجت وهو يراها لا يحنث أيضا بحر عن الظهيرية وتقييده بالمنع فى قوله بخلاف لا تخرج الا بعلمه فخرجت وهو يراها فمنعها الخ ايعلم عدم الحنث عند عدم المنع منه بالاولى (قوله حتى لو أذن لها مرة فخرجت الخ) ولو لكنس الباب نهر (قوله فخرجت مرة اخرى بلا اذن حنث) بشرط بقاء النكاح حتى لو ابانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لم تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل اليمين لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح نهر عن الفتح قال الزيلعي وهذا صحيح اذا كانت الزوجية قائمة وقت اليمين اما اذا قال ذلك لاجنبي أو لاجنبية بان قال ان خرجت الا باذني فعبدي حر أو امرأتي طالق فينبغي ان يصح ولا يتقيد بشيء انتهى قال فى النهر وفيه تأمل (قوله بخلاف الا أن وحتى) لان كلمة حتى للغاية فتنتهي اليمين بها وكلمة أن محمولة عليها والرضا والامر كالاذن زيلعي وهذه المسئلة تستدعي الفرق بين المصدر الصريح والمنسبك حموي (قوله ثم خرجت بعده بلا اذن لم يحنث) ولو نوى التعدد بقوله الا أن آذن لك صدق قضاء لانه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه لان كلمة ان وما دخلت عليه بتأويل المصدر فتكون الباء فيه مقدرة فيصير كانه قال الا بان آذن لك بخلاف العكس وهو ما اذا نوى الاذن مرة بقوله الا باذني حيث لا يصدق قضاء لانه نوى التخفيف على نفسه زيلعي (قوله تقيد الحلف به) لان القرينة الحالية دلت على أن المراد ردها عن تلك الخرجة أو الضربة عرفا حموي عن البرجندي ومنه ما لو طلب جماعها فابت فقال ان لم تدخلي معي البيت فانت كذا فدخلت بعد سكون شهوته حنث (قوله لا ريث فيها) بالثاء المثلثة فى المصباح راث ريثا من باب ضرب أبطأ واسترثته استبطأته انتهى فعلى هذا عطف ولا لبث عطف تفسير (قوله أى من ساعته) سئل السغدي بماذا يقدر الفور قال بساعة واستدل بما ذكر فى الجامع الصغير ارادت أن تخرج فقال الزوج ان خرجت فعادت وجلست وخرجت بعد ذلك بساعة لا يحنث حموي عن البرجندي وفى البحر طول المشاجرة لا يقطع الفورية وكذا الاشتغال بصلاة المكتوبة والوضوء لها ولا يشترط لعدم حنثه اذا خرجت بعد ساعة تغير تلك الهيئة الحاصلة مع ارادة الخروج أشار اليه فى فتح القدير حيث قال امرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده منعها عن الخروج الذى تهيأت له فكانه قال ان خرجت الساعة وهذا اذا لم يكن له نية فاذا نوى شيئا عمل به شرنبلالية (قوله وتفرد ابو حنيفة الخ) وكان العلماء قبل ابى حنيفة يقولون اليمين اما مؤبدة كلا يفعل أو موقتة كلا يفعل كذا اليوم فخرج ابو حنيفة قسما ثالثا وهو الموقتة معنى المطلقة لفظا وانما أخذه من حديث جابر وابنه حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا حموي عن البرجندي (قوله ولم يسبقه أحد اليها) لا فى تسميتها ولا فى حكمها ولم يخالفه أحد فالناس كلهم عيال ابى حنيفة بحر (قوله فذهب الى منزله فتغدى لم يحنث) هذا اذا اقتصر على الجواب بقوله ان تغديت فعبدي حر اما لو قال ان تغديت اليوم أو معك فعبدي حر فتغدى فى بيته أو معه فى وقت آخر يحنث لانه زاد على الجواب فيكون مبتدئا ولا يقال ان موسى عليه السلام زاد فى الجواب حين سئل عن العصا ولم يكن متبدئا لانا نقول لما سئل بما وهى تقع على ذات ما لا يعقل والصفات فاشتبه عليه الامر فاجاب بهما حتى يكون مجيبا عن أيهما كان زيلعي ثم اعلم ان التقييد تارة يثبت صريحا وتارة يثبت دلالة والدلالة نوعان دلالة لفظية ودلالة حالية فدلالة اللفظ كما اذا حلف لا يدخل على فلان تقيد بحياة المحلوف عليه والدلالة الحالية كالذى ذكره المصنف وفى المحيط أصله ان الحالف متى اعقب الفعل فعلا بحرف العطف وهو الفاء أو الواو فان كان الفعل الثانى فى العادة يفعل على فور الاول ولم يفعل حنث وان لم يكن يفعل لا يحنث ما لم يمت وان ذكر الفعل الثانى بحرف الشرط او التراخي وهو ثم فهو على الابد لان المشروط لا يتحقق الا بعد وجود شرطه بحر (قوله ومركب عبده الخ) ليس المراد كل ما يركب بل خصوص ما يركب فى العرف من الفرس ونحوه حتى لو ركب فيلا أو بعيرا أو آدميا لا يحنث الا بالنية ولو حلف لا يركب فرسا لا يحنث بالبرذون وكذا عكسه بخلاف الخيل فانه ينتظم

حتى لو أذن لها مرة فخرجت مرة أخرى بلا اذن حنث (بخلاف) ما لو حلف لا تخرجي (الا ان) آذن لك (وحتى) ان آذن لك فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بعده بلا اذن لم يحنث (ولو ارادت) المرأة (الخروج فقال) الزوج (ان خرجت) فانت طالق (أو) ارادت (ضرب العبد فقال ان ضربته) فعبدي حر (تقيد) الحلف (به) أى بذلك الخروج أو الضرب حتى لو مكثت ساعة ثم خرجت او ضربت لا يحنث وهذه يمين الفور مأخوذة من فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التى لا ريث فيها ولا لبث ويقال جاء فلان من فوره أى من ساعته وتفرد أبو حنيفة باظهارها ولم يسبقه احد اليها (كاجلس) أى كما تقيد الحلف بالغداء المعين فيما اذا قال لرجل اجلس (فتغد عندي فقال ان تغديت) فعبدي حر فذهب الى منزله فتغدى لم يحنث وقال الشافعي وزفر يحنث (ومركب عبده كمركبه فى الحنث ان نوى و) الحال انه (لا دين به) أصلا أو يكون دين ولكن لم يستغرق

الكل وهذا اذا كانت اليمين بالعربية فلو كانت بالفارسية يحنث بكل حال ولو حلف لا يركب دابة فحمل على الدابة مكرها لا يحنث ولو حلف لا يركب مركبا فركب سفينة أو محملا او دابة حنث ولو آدميا ينبغي ان لا يحنث بحر قال في الفتح وينبغي ان الحالف لو كان من البدو ان تنعقد على الجمل أيضا بلا نية لان ركوبه معتاد لهم وكذا اذا كان حضريا جمالا نهر قلت وكذا لو كان مسافرا للحج وان لم يكن بدويا ولا جمالا (قوله حتى لو حلف ان لا يركب دابة فلان الخ) ههنا صور اربع الاولى أن يكون عليه دين مستغرق لرقبته وكسبه فلا يحنث لان هذا المركب ليس له الثانية ان لا يكون عليه دين مستغرق ولكن نوى بمركب فلان مركبه الخاص به فلا يحنث الثالثة ان لا يكون عليه دين ولم ينو مركب العبد فلا يحنث لان الملك وان كان لفلان لكن يضاف الى العبد عرفا فاختلت الاضافة الى المولى فبدون النية لا يتناوله اللفظ الرابعة اذا لم يكن على العبد دين مستغرق ونوى مركب العبد فانه يحنث بركوبه حموي عن البرجندي (قوله فركب دابة عبد مأذون له) تقييده بالمأذون له لا للاحتراز عن المكاتب بل لانه المختلف فيه اما المكاتب فلا خلاف في عدم الحنث بركوب دابته كما يستفاد ذلك مما سيأتي في كلام الشارح (قوله لم يحنث نوى أو لم ينو) لانه اذا كان عليه دين مستغرق لا يملك المولى ما في يد عبده حتى لا يعتق بعتقه فلا يدخل تحت اليمين نوى أو لم ينو وفيما اذا لم يكن عليه دين مستغرق يملك ما في يده لكنه يضاف الى العبد عرفا وشرعا فتختل الاضافة الى المولى فلابد من النية زيلعي واعلم ان المراد من قوله لا يعتق بعتقه عبد عبده واما نفس العبد المأذون المديون فانه يعتق بعتق مولاه ويضمن قيمته للغرماء وسيجيء في بابه شيخنا (قوله بخلاف عدم دين وعدم دين مستغرق) لو اقتصر على الثاني لاغناه عن الاول اذ عدم الدين المستغرق صادق بهما معا بان لا يكون عليه دين أصلا او كان ولم يكن مستغرقا (قوله هذا عند ابي حنيفة) قال في البرهان على هذا الخلاف دخول عبيد مأذونه في حكم حررت عبيدي شرنبلالية وقال في البحر نظير هذا الاختلاف ما لو قال كل مملوك لي حر فعند ابي يوسف لا يدخل عبيد عبده التاجر الا بالنية سواء كان على العبد دين أو لا وعند محمد عتقوا نواهم أو لا كان عليه دين أم لا وعند ابي حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان على العبد دين لم يعتقوا وان نواهم انتهى واعلم ان المراد بالدين هو المستغرق (قوله وعند أبي يوسف الخ) لان استغراق كسبه بالدين لا يمنع ثبوت الملك للمولى الا أنه تشترط النية لاختلال الاضافة فلو لم ينوه لا يحنث حموي عن البرجندي (قوله وعند محمد الخ) اذ العبد وما في يده ملك لسيده والدين لا يمنع من ثبوت الملك للمولى في كسبه حموي عن البرجندي

حتى لو حلف ان لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له وعليه دين مستغرق لم يحنث نوى أو لم ينو بخلاف عدم دين وعدم دين مستغرق فانه ما لم ينو لم يحنث هذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يحنث ان نوى سواء كان عليه دين أو لا وعند محمد يحنث بكل حال وان لم ينو وانما قال مركب عبد لانه ان ركب مركب مكاتبه لا يحنث عندهم وانما قال في الحنث لانه في بيان الايمان في الاكل والشرب

(باب اليمين في الاكل والشرب واللبس والكلام)

لو حلف (لا يأكل من هذه النخلة)

ذكر الاكل والشرب بعد الخروج لانه انما يراد منه غالبا تحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب ولا خفاء في احتياجه الى اللبس والكلام فلا جرم ان ذكرهما بعده ثم الاكل ايصال ما يتأتى فيه المضغ الى الجوف وان ابتلعه بلا مضغ كالخبز ونحوه فلو حلف لا يأكل بيضة فابتلعها حنث ولو حلف لا يأكل عنبا فابتلع ماءه فقط لم يحنث لان هذا ليس بأكل ولا شرب ولو عصره وأكل قشره حنث كذا في البدائع والذوق ايصال الشيء الى فيه لاستبانة طعمه وقيل الاكل عمل الشفاه والحلق والذوق عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عمل الحلق فقط والمص عمل اللهاة واعلم ان كل أكل ذوق ولا عكس فبينهما من النسب العموم المطلق وهذا ظاهر على الثاني اما على الاول فبينهما عموم وخصوص من وجه لان عمل الفم ليس معتبرا في مفهومه فيجتمعان في ايصال ما يهشم وينفرد الذوق فيما لم يوصل والاكل فيما ابتلع بلا مضغ حموي وفيه نظر يعلم بمراجعة النهر ومقتضى عدم الحنث بابتلاع ماء العنب في حلفه لا يأكله عدم الحنث ايضا في حلفه لا يأكل سكرا فمصه وابتلع ماءه وبه صرح في البحر معللا بعدم وجود الاكل لانه مما لا يحتمل

المضغ وعزاه للامام محمد وعزاه في النهر الى الخانية وتهذيب القلانسي لكن قال وفي عرفنا يحنث وفي الخلاصة لو عنى بالذوق الاكل لم يدين في القضاء الا اذا تقدم ما يدل عليه كتغدمعي فحلف ان لا يذوق معه طعاما ولا شرابا فهذا على الاكل والشرب انتهى وفي الدر لو تمضمض للصلاة لا يحنث الخ يعني اذا كانت يمينه على عدم ذوق الماء فتمضمض للصلاة (قوله أو الكرم) لو قال مثلا لكان اخصر واشمل حموي (قوله حنث بثمرها) لانه أضاف اليمين الى ما لا يؤكل فتنصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له بجازت الاستعارة زيلعي والثمر بالمثلثة ما يخرج منها حيث لم يتغير بصنعة فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ وقيد بما لا تؤكل عينه لانه لو حلف على ما تؤكل عينه كهذه الشاة أو هذا العنب انصرفت اليمين الى اللحم والعنب دون اللبن والزبد والعصير فان قلت ورق الكرم مما يؤكل عرفا فينبغي ان تنصرف اليمين الى عينه قلت أهل العرف انما يأكلونه مطبوخا نهر (قوله او يأكل طلعها أو جمارها) وهو بالضم والتشديد شحم النخل صحاح (قوله او دبس) قيده الحموي بغير المطبوخ فلا ينافي ما سبق من عدم الحنث به اذا كان مطبوخا وهو أي الدبس بكسر الدال عصارة العنب صحاح (قوله وانما قيد به لانه لا يحنث بأكل عين النخلة) هو الصحيح قال الولوالجي ولو نواها الان الحقيقة مهجورة بدلالة محل الكلام وفي المحيط لو نوى اكل عينها لم يحنث بأكل ما يخرج منها لانه نوى حقيقة كلامه ومقتضى الاول انه يحنث نهر قال في البحر بعد ان نقل عن المحيط ما نقله عنه في النهر وينبغي ان لا يصدق قضاء لان المجاز صار متعينا ظاهرا فاذا نوى خلاف الظاهر لا يقبل وان كان حقيقة وله شواهد كثيرة وأشار بقوله بثمرها الى أنه لو قطع غصنا منها فوصله بشجرة أخرى فاكل من ثمر هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث (فروع) قال ان اكلت هذا الرغيف اليوم فامرأته طالق ثلاثا وان لم آكله اليوم فامته حرة فاكل النصف لم يحنث لانعدام شرط الحنث في اليمين وهو اكل الكل أو ترك الكل * اخذ لقمة فوضعها في فيه فقال له رجل امرأتي طالق ان اكلتها وقال آخر امرأتي طالق ان اخرجتها من فيك فاكل البعض واخرج البعض لم يحنث واحد منهما لان شرط الحنث اكل الكل أو اخراج الكل * هذا الرغيف على حرام فاكل بعضه حنث بخلاف لا آكل هذا الرغيف اذا كان كله مما يؤكل في مجلس واحد والفتوى على ذلك والاصل انه اذا حلف لا يأكل معينا فاكل بعضه فان كان مما يؤكل أو يشرب كله عادة فالحلف على كله والا فعلى بعضه فلو حلف لا يأكل هذا الطعام فان كان يقدر على اكله كله لا يحنث حتى يأكله كله وان لم يقدر حنث بأكل بعضه بخلاف ما لو كان مكان الاكل بيع فانه لا يحنث ببيع بعضه والفرق ان الاكل لا يتأتى على جميعه في مجلس واحد بخلاف البيع بحر (قوله ولو عين البسر الخ) الاصل في جنس هذه المسائل ان اليمين اذا عقدت على شئ بوصف فان صلح داعيا الى اليمين تقيد به سواء كان معرفا أو منكرا وان لم يصلح داعيا فان كان منكرا تقيد أيضا حموي والبسر بضم السين كما في الصحاح (قوله لا يحنث برطبه الخ) فيه لف ونشر مرتب وانما كان كذلك لان صفة الرطوبة والبسورة داعية الى اليمين اذ ربما يضره الرطب دون البسر وبالعكس حموي (قوله ولا يحنث بأكل تمره) بالمثناة وهو ما يبس منه نهر قيد باليمين لانه لو اوصى بهذا الرطب فصار تمرا ثم مات لم تبطل الوصية لان فوات بعض الموصى به لا يبطلها وفي اليمين تناول بعض المحلوف عليه فلا يحنث بخلاف ما اذا أوصى بعنب ثم صار زبيبا ثم مات الموصى بطلت الوصية والفرق ان الرطب والتمر صنف واحد لقلة التفاوت بينهما بخلاف العنب والزبيب فانه تبديل وهلاك بحر عن الغاية (قوله ولا يحنث بأكل شيرازه) بكسر الشين المعجمة لبن يغلي فيثخن جدا ويصير فيه حموضة قاله باكير لان ما ذكر صفة داعية الى اليمين فتتقيد يمينه به وقال العيني الشيراز هو اللبن الرائب اذا استخرج ماؤه الخ (قوله واما اذا لم يكن لها ثمر) أي النخلة وعلى هذا لا يصح التمثيل بشجر الصفصاف حموي (قوله فيحنث بثمنها) اطلقه ولم يقيده بما اذا اشترى به ما كولا وما في الفتح من تقييده بذلك وزاد في البحر قيد الاكل أيضا متعقب ولهذا قال في الشرنبلالية وقد يقال يراد بالاكل

الانفاق

أو الكرم (حنث بثمرها) أي حنث بأكل ثمرها مطلقا سواء كان بسرا أو رطبا أو تمرا أو بأكل طلعها أو جمارها أو دبس يخرج من ثمرها أو عينه أو عصيره وانما قيد به لانه لا يحنث بأكل عين النخلة (ولو عين البسر) فيما اذا حلف لا يأكل من هذا البسر (و) لا يحنث برطبه (و) فيما اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب (و) لا يحنث بأكل (تمره) فيما اذا حلف لا يأكل من هذا اللبن وكذا لا يحنث اذا أكل (شيرازه) فيما اذا حلف لا يأكل من هذا اللبن وكذا لا يحنث في هذه الصور وأما اذا لم يكن لها ثمر فيحنث بثمنها

الانفاق فی ای شیٔ فیحنث به اذا نوی فلینظر انتهی بقی ان یقال مقتضی تقییده فی الشرنبلالیة بقوله اذا نوی انه اذا لم ینو لم یحنث وهو خلاف ما یظهر من کلام الشارح (قوله بخلاف ما لو حلف ان لا یکلم هذا الصبی) هذا اذا لم ینو الحقیقة قید الیمینه فلو نواها تقیدت بها لانه نوی حقیقة کلامه والظاهر لا یخالفه شرنبلالیة عن البرهان والکلام لیس بقید فی مسئلة الصبی لانه لو حلف لا یجامع هذه الصبیة فجامعها بعد کبرها حنث بحر عن البدائع قید بالاشارة الیه لانه لو حلف لا یکلم صبیا تقید بزمان صباه فلو کلمه بعدما بلغ لم یحنث لانه بعد البلوغ یدعی شابا و فتی الی ثلاثین والی ثلاثة وثلاثین فاذا جاوزها فکهل الی خمسین و بعدها فهو شیخ والارملة التی بلغت ومات زوجها دخل بها أولا والایم التی لا زوج لها وقد جومعت بنکاح صحیح أو فاسد او فجور والثیب کل امرأة جومعت بحلال أو حرام لها زوج أولا والبکر التی لم تجامع بنکاح ولا غیره وان ذهبت العذرة بحیض أو بغیره نهر عن منیة المفتی وأقول فی قوله والبکر التی لم تجامع بنکاح ولا غیره نظر لتصریحهم کما سبق بان التی زالت بکارتها بزنا خفی بکر ویمکن ان یجاب بان جعلها بکرا انما هو بالنسبة للاکتفاء منها بالسکوت فی الاستئذان رعایة لجهة الستر الذی ندب الیه الشارع لانها بکر حقیقة اذ لو الزمت النطق لکان فیه اشاعة الفاحشة (قوله وهذا الشاب) فیه ان صفة الشباب ربما تدعو الی الیمین ظاهرا اذ هو زمان اللهو والفسق والشباب شرعا من خمسة عشر سنة ای من حد البلوغ الی ثلاثین ما لم یغلب علیه الشیب والشیخ ما زاد علی الخمسین حموی عن البرجندی ومثله فی البحر عن الذخیرة وکذا فی النهر عن منیة المفتی کما سبق وکذا فی الدر أیضا فما فی الشرنبلالیة عن البحر معزیا للذخیرة من أنه بعد الثلاثین أو الثلاثة والثلاثین کهل الی الاربعین فهو شیخ الی خمسین انتهی مخالف لما فی البحر عن الذخیرة والصواب حذف قوله الی الاربعین وتأخیر قوله فهو شیخ عن قوله الی خمسین ومن هنا تعلم ما وقع لبعضهم فی هذا المقام (قوله الحمل) بفتحتین ولد الشاة فی السنة الاولی (قوله وکلمه بعدما شاخ) أی کلم الصبی أو الشاب ولو اتی بضمیر التثنیة بان قال وکلمهما بعدما شاخا کما فی الزیلعی لکان أولی اذ هو المناسب لعطف الشاب علی الصبی بالواو کما هو الواقع فی المتن الذی شرح علیه الشارح والزیلعی واما علی ما وقع فی المتن الذی شرح علیه فی النهر من العطف باو فافراد الضمیر صحیح ووجه الحنث کما ذکره الزیلعی ان صفة الصبی والشاب وان کانت داعیة الی الیمین لکن هجرانه لاجل صباه منهی عنه شرعا لانا أمرنا بتحمل اخلاق الفتیان ومرحمة الصبیان فکان مهجورا شرعا والمهجور شرعا کالمهجور عادة فلم یعتبر الداعی ولهذا قال فی النهر واعلم انه قد یتراءی انه لو حلف لا یکلم هذا المجنون فکلمه بعد ما افاق یحنث لانه محل الرحمة والشفقة أیضا کالصبی لکن المنقول فی المجتبی انه لا یحنث وکأنه لان هذه الصفة داعیة مخافة أن یبطش به انتهی وکذا لا یحنث اذا حلف لا یکلم هذا الکافر فکلمه بعدما أسلم لانها صفة داعیة وفی لا یکلم رجلا فکلم صبیا حنث وقیل لا کلا یکلم صبیا فکلم بالغا در عن المجتبی (قوله أو أکله بعدما صار کبشا) لانه لیس فی الحمل صفة داعیة الی الیمین زیلعی لکن نظر فیه فی الفتح بان الحمل لیس محمود الکثرة رطوباته بخلاف الکبش فان لحمه أکثر قوة وتقویة للبدن لقلة رطوباته فصار کالحلف علی ان لا یأکل من هذا الرطب فأکله تمرا یحنث قال فی الشرنبلالیة واعلم ان ایراد مثل هذا وما قبله فی مسئلة لا یکلم هذا الصبی ذهول عن وضع هذه المسائل ونسیان انها بنیت علی العرف فیصرف اللفظ الی المعتاد فی العرف وان المتکلم لو أراد معنی تصح ارادته من اللفظ لا یمنع منه الامر بتحمل اخلاق الفتیان ومداراة الصبیان فلا ینبغی کون حالف من الناس عرف عدم طیب الحمل وسوء أدب صبی لا یردعه الا ترک الکلام معه أو علم ان الکلام معه یضره فی عرضه أو دینه فتصرف یمینه حیث صرفها فلا یحنث بالکلام معه بعد فوات تلک الصفة التی أرادها انتهی (قوله لا یأکل بسرا فأکل رطبا لم یحنث) لانه لم یأکل المحلوف علیه زیلعی وتقییده بغیر المعین لا للاحتراز عن المعین بل لئلا یتکرر مع ما سبق من قوله ولو عین البسر الخ قال فی البحر قید به أی بالبسر لانه لو حلف لا یأکل جوزا فأکل منه رطبا

(بخلاف) ما لو حلف ان لا یکلم (هذا
الصبی وهذا الشاب و) لا یأکل (هذا
الحمل) وکلمه بعدما شاخ أو أکله بعد
ماصار کبشا فانه یحنث حاف (لا یأکل
بسرا فأکل رطبا لم یحنث وفی لا یأکل
رطبا أو بسرا) أی فیما اذا حلف
لا یأکل رطبا أو حلف لا یأکل بسرا
(أو) حلف (لا یأکل رطبا ولا
بسرا حنث بالمذنب)

أو يابسا حنث وكذلك اللوز والفستق والتين لان الاسم يتناول الرطب واليابس جميعا الخ (قوله أي يأكل المذنب مطلقا) سواء كان رطبا مذنبا أو بسرا مذنبا عندهما فالصور أربعة اثنتان على الوفاق واثنتان يختلف فيهما (قوله وقال أبو يوسف الخ) محصله ان الحنث بالرطب المذنب في حلفه لا يأكل رطبا متفق عليه وكذا الحنث بالبسر المذنب في حلفه لا يأكل بسرا متفق عليه أيضا بخلاف ما لو أكل بسرا مذنبا وقد حلف لا يأكل رطبا فان الحنث مختلف فيه فعندهما يحنث خلافا لأبي يوسف وكذا يقال في عكسه بأن أكل رطبا مذنبا وقد حلف لا يأكل بسرا (قوله فأكل رطبا مذنبا حنث) أي عند أبي يوسف وكذا عندهما وهذه احدى الوفاقيتين (قوله وان أكل بسرا مذنبا لا يحنث) أي عنده خلافا لهما وهذه احدى الخلافيتين (قوله وان حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا حنث) أي عند أبي يوسف وكذا عندهما أيضا وهذه هي الوفاقية الثانية (قوله وان أكل رطبا مذنبا فعلى الخلاف) أي لا يحنث عنده خلافا لهما وهذه هي الخلافية الثانية (قوله وذكر في الهداية الخ) أي في عامة نسخها نهر (قوله كشروح الجامع الصغير) والكبير زيلعي (قوله تشهد لما ذكرت) من ان محمدا مع الامام الاعظم وهو الموافق لما وقع في بعض نسخ الهداية حتى قال في النهاية الله أعلم بصحة الاول الا انه في الغاية جعل سلفه في ذلك الصدر الشهيد وجائز أن يكون عنه روايتان نهر وقلت ما جوزه في الغاية من تعدد الرواية عنه صرح به في البرهان على ما نقل عنه في الشرنبلالية ونصه وروي عن محمد الحنث وعدمه كما في البرهان انتهى (قوله فالحاصل انه اعتبر) أي ان أبا يوسف اعتبر الغالب الخ وهذا من الشارح ظاهر في ترجيح قول أبي يوسف وبه صرح في النهر عن الفتح حيث ذكر ان قول أبي يوسف أقعد بالمعنى اذ ... ولأبي حنيفة ان أكله أي المذنب أكل بسر ورطب فيحنث به وان كان قليلا لان ذلك القدر كاف للحنث ولهذا لو ميزه فأكله يحنث بخلاف شراء البسر لان الشراء يصادفه جملة فيعتبر الغالب فيكون المغلوب تبعا والاكل يتفتى شيئا فشيئا فيصادفه وحده نظيره اذا حلف لا يشتري شعيرا فاشترى حنطة فيها حبات شعير لا يحنث لما ذكرنا ولو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها حبات شعير يحنث لما ذكرنا زيلعي فقياس أبي يوسف الاكل على الشراء قياس مع الفارق والحاصل ان كلام الزيلعي ظاهر في ترجيح مذهب الامام ومحمد على خلاف ما قدمناه عن الشارح والفتح فقد اختلف الترجيح (قوله بشراء كباسة) بكسر الكاف وهي العرجون وتسمى العنقود وبالفارسية خوشه عيني واعلم ان الشراء بمد ويقصر شيخنا (قوله فيها رطب قليل) لان القليل تابع للكثير عيني ويفهم منه انه لو كان الرطب في الكباسة أكثر من البسر يحنث وحينئذ يقال لها كباسة رطب حموي (قوله قيده أي بالشراء الخ) مقتضى التفرقة بين عين الشراء والاكل انه لا يحنث بشراء شاة مذبوحة في حلفه لا يشتري الية مع ان المصرح به في الخانية انه يحنث وكذا لو حلف لا يشتري رأسا شرنبلالية عن البحر (قوله ولا يحنث بسمك الخ) أي اذا لم يكن له نية فاما اذا نواه حنث طريا أو غير طري شرنبلالية عن الفتح (قوله في حلفه لا يأكل لحما) وكذا لا يحنث بمرق اللحم الا اذا نواه (قوله وقال مالك والشافعي يحنث قياسا) وفي المجمع وهو قول أبي يوسف أيضا عيني وذكر في الشرنبلالية انه روي شاذا عن أبي يوسف انتهى وجه القول بالحنث وهو القياس انه سمي لحما في القرآن قال تعالى ومن كل تأكلون لحما طريا والمراد لحم السمك بالاجماع ولنا ان التسمية مجازية لان اللحم منشؤه الدم ولا دم فيه اذ هو من سواكن الماء ولهذا حل أكله من غير ذكاة فصار كالجراد فكان قاصرا في اللحمية ومطلق الاسم يتناول الكامل دون القاصر فخرج عن المطلق بدلالة اللفظ ومبنى الايمان على العرف لا على ألفاظ القرآن زيلعي ودرر وهو منقوض بالالية لانها تنعقد من الدم ولا يحنث بأكلها فيمنع ان اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام فالتمسك انما هو بالعرف شرنبلالية عن الفتح (قوله والكبد) مؤنثة وقال الفراء يذكر ويؤنث وفي الصحاح كبد وكبد بوزن كذب وكذب ويقال كبد بوزن فلس انتهى (قوله وقال الزاهد العتابي انه لا يحنث بأكل لحم الخنزير) والانسان

أي يأكل المذنب مطلقا سواء كان رطبا مذنبا أو بسرا مذنبا عندهما وقال أبو يوسف ان حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا حنث وان حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا حنث وان أكل رطبا مذنبا فعلى الخلاف وذكر في الهداية قول محمد مع قول أبي يوسف والنسخ المعتبرة كشروح الجامع الصغير والمبسوط والمنظومة والاسرار والايضاح وغيرها تشهد لما ذكرت والبسر المذنب بكسر النون الذي أكثره بسر وشيء منه رطب والرطب المذنب الذي أكثره رطب وشيء منه بسر فالحاصل انه اعتبر الغالب اذ المغلوب في مقابلته كالمعدوم عرفا فان الذي عامته رطب يسمى رطبا عرفا وشرعا لا بسرا اذ العبرة للغالب في الاحكام الشرعية (ولا يحنث بشراء كباسة) أي عنقود (بسر فيها رطب) قليل (في) حلفه (لا يشتري رطبا) قيده أي بالشراء لانه اذا كان اليمين على الاكل يحنث كذا في الهداية والنهاية (و) لا يحنث (بسمك في) حلفه (لا يأكل لحما) استحسانا وقال مالك والشافعي يحنث قياسا (ولحم الخنزير والانسان والكبد والكرش والطحال لحم) حتى لو حلف لا يأكل لحما وأكل منها يحنث وقال الزاهد العتابي انه لا يحنث بأكل لحم الخنزير والانسان

كذا فى الزيلعى وفى النهر عن العتابى ما نصه قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغى ان لا يحنث لان أكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف وهو الصحيح وفى الكافى وعليه الفتوى الخ وماذكره الزيلعى من ان العرف العملى لا يصلح مقيدا بخلاف العرف اللفظى الاترى انه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على الانسان للعرف اللفظى فان اللفظ عرفا لا يتناول الا الكراع وان كان فى اللغة يتناوله ولو حلف لا يركب حيوانا يحنث بالركوب على الانسان لان اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملى وهو انه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا غير صحيح نهر عن الفتح لقولهم فى الاصول تترك الحقيقة بدلالة العادة وليست العادة الا عرفا عمليا ومافى البحر من انه فى الفتح لم يجب عن الفرق بين الدابة والحيوان وهى واردة قال فى النهر انه غير وارد لان العادة حيث كانت مخصصة انصرفت يمينه الى ما يركب عادة فلا يحنث بركوب الآدمى فى لا يركب حيوانا انتهى واختلف فى أكل النىء من اللحم والاظهر كما فى النهر انه لا يحنث وفى الذخيرة لا يأكل شاة لا يحنث بأكل لحم العنز مصريا كان أو قرويا قال الشهيد وعليه الفتوى ولو حلف لا يأكل لحم بقرة فأكل لحم الجاموس يحنث لا فى عكسه لانه نوع لا يتناول الاعم وفى الخانية ينبغى ان لا يحنث فى الفصلين لان الناس يفرقون بينهما الخ (قوله وكذا شرب الخمر الخ) ليس هذا من كلام العتابى على ما يعلم من كلامهم كالزيلعى والبحر والنهر وانما هو من كلام الشارح قياسا على عدم الحنث بأكل لحم الخنزير والانسان بجامع ان العرف لا يطلق على كل اسم اللحم والشراب (قوله أو طحالا) بكسر الطاء وكذا القلب والرئة (قوله وفى عرفنا لا يحنث) هو الصحيح شرنبلالية عن البرهان وفى الخانية الرأس والاكارع لحم فى يمين الاكل لا فى يمين الشراء وفى لا يأكل من هذا الحمار يقع على كرائه ومن هذا الكلب لا يقع على صيده در وفى البحر حلف لا يأكل لحما حنث بأكل لحم الابل والغنم والبقر والطيور مطبوخا كان أو مشويا أو قديدا كما فى الاصل الخ (قوله وفيها لغتان الخ) ذكر شيخنا ان فيه أربع لغات الثالثة فتح الكاف وسكون الراء وهذه اللغات الثلاثة تأتى فى كل ما كان على وزن فعل ككبد وكتف والرابعة اتباع فائه لعينه ان كان أوسطه حرف حلق اسما كان كفخذ أو فعلا كشهد (قوله لكل مجتر) جرة البعير نجسة لا تؤكل (قوله أى بأكل شحم الظهر) وهو اللحم السمين نهر وفى جامع قاضيخان اختلف المشايخ فى محل الخلاف فقيل هو اللحم السمين على الظهر وقيل هو الشحم المتصل بالظهر من داخل فان كان الخلاف فى اللحم السمين فكلام أبى حنيفة أظهر وان كان الخلاف فى الشحم المتصل بالظهر فكلامهما أظهر انتهى نوح أفندى (قوله فلو كانت يمينه على الشراء لم يحنث به اتفاقا) لان الشراء لا يتم بالحالف وانما يكون مشتريا بالشحم اذا اشتراه ممن يسمى شحاما واما الاكل ففعل يتم بالآكل وحده ولهما انه شحم حقيقة وفيه خاصيته الاترى انه يذاب كشحم البطن ولابى حنيفة انه لحم حقيقة الاترى انه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحوم زيلعى وفيه ماسبق من ان الالية تنعقد من الدم أيضا فالتمسك للامام انما هو بالعرف فلو اقتصر فى التعليل على قوله ويستعمل استعمال اللحوم لكان أولى (قوله والثلاثة على الاختلاف) قال فى النهر ولا يخلو عن تطويل لا ينبغى خلاف فى عدم الحنث بما فى العظم اذ لم يقل أحد بأنه شحم كما قال السرخسى وكذا لا ينبغى خلاف فى الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف فى تسميته شحما كذا فى الفتح والحاصل انه لا خلاف فى الحنث فى شحم البطن وما على الامعاء كما لا خلاف فى عدمه بما فى العظم ولهذا وضع المسئلة فى شحم الظهر لانه محل الخلاف انتهى وأشار المصنف الى ان المأمور بشراء اللحم اذا اشترى شحم الظهر لا يجوز على الآمر وهو مروى عن محمد وهو دليل للامام أيضا بحر عن المحيط (قوله ولا يحنث بالية) لانها نوع ثالث حتى لا تستعمل استعمال اللحوم ولا الشحوم فلا يتناولها اللفظ معنى ولا عرفا زيلعى والالية بالفتح الية الشاة ولا تقل الية بالكسر ولا لية وتثنيتها اليان بغير تاء كما فى الصحاح (قوله فى هذا البر) قيد بكون الحنطة معينة لانه لو حلف لا يأكل حنطة ينبغى ان يكون جواب الامام كجوابهما ذكره شيخ الاسلام ولا يخفى انه تحكم والدليل المذكور المتفق على ايراده فى جميع الكتب يعم

وكذا شرب الخمر فيما اذا حلف لا يشرب شرابا لا يحنث وعليه الفتوى وقال صاحب المحيط فيما اذا أكل كبدا أو كرشا أو طحالا لا يحنث فى عرف أهل الكوفة وفى عرفنا لا يحنث لانها لا تعد لحما والكرش لكل مجتر بمنزلة المعدة للانسان وتؤنثها العرب وفيها لغتان كرش وكرش مثل كبد وكبد كذا فى الصحاح (و) لا يحنث (بشحم) أى بأكل شحم (الظهر فى) حلفه لا يأكل (شحما) عند أبى حنيفة وهو الصحيح ويحنث عندهما وذكر الطحاوى قول محمد مع قول أبى حنيفة ولو كانت يمينه على الشراء لم يحنث به اتفاقا وقيل هو على الخلاف أيضا وقيل هذا بالعربية أما لو قال بالفارسية ۲ پيه فلا يقع على شحم الظهر بحال واعلم ان الشحوم أربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن واتفقوا على انه يحنث فى شحم البطن والثلاثة على الاختلاف (و) لا يحنث (بألية فى) حلفه لا يأكل أو لا يشترى (لحما أو شحما وبالخبز) والسويق (فى هذا البر) عند أبى حنيفة

۲ پيه بثلاث نقط وزان فيه بسكون الهاء بمعنى الشحم انتهى محمد عارف

المعينة والمنكرة وهو ان عينها أما كوله شرنبلالية عن الكمال والبر جمع برة ومنع سيبويه ان يجمع البر
على ابرار وجوزه المبرد قياسا اذ يقال ماهر وامهار وقرء واقراء وقفل واقفال (قوله الا ان يقضمها)
بكسر الضاد غير نيئة نهر ولو قضمها نيئة لم يحنث فان الناس يغلونها ويأكلونها وهي التي تسمى في عرف
بلادنا بليلة وتقلى أي تجعل جافة في القدر ثم تؤكل قضما وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهي
الاكل باطراف الاسنان بل ان يؤكل عينها باطراف الاسنان أو بسطوحها شيخنا عن الفتح والمستثنى منه
مطوى في الكلام تقديره ولا يحنث بأكل الخبز والسويق في حلفه لا يأكل من هذا البر وقصر أبو حنيفة
الحنث على أكل عينها لانه متعارف والحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس
وفي النهر عن الذخيرة الصحيح قول الامام (قوله ولا يحنث بسويقه) وجه الفرق بين الخبز والسويق
عند أبي يوسف ان الحنطة اذا ذكرت مقرونة بالاكل يراد بها الخبز دون السويق ومحمد اعتبر عموم المجاز
وأطلقه المصنف فشمل ما اذا نوى عينها أو لم يكن له نية كما في البدائع ولا يخفى انه اذا نوى أكل الخبز فانه
يصدق لانه شدد على نفسه بحر (قوله وان قضمه يحنث عندهم) هو الصحيح لعموم المجاز كذا في الهداية
وصحح في الذخيرة انه عندهما لا يحنث بأكل عينها بحر وقضم من باب علم شرنبلالية ومن باب ضرب لغة
وفي النهر عن الكشف المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها ان يقول هذه من غير ان يقول حنطة فيحنث
بأكلها سواء أكلها كذلك أو طحنها فأكل المطحون أو خبزها فأكل الخبز الثانية ان يقول حنطة فيحنث
بأكل الحنطة سواء أكلها نيئا أو مطبوخا أو مبلولا أو مقلا [illegible] يحنث بأكل الدقيق والسويق والعجين
والخبز الثالثة ان يقول هذه الحنطة وأشار الى صبرة فلا يحنث بأكله من دقيقها أو سويقها أو خبزها لتقيد
الاسم ولو زرعه لم يحنث بالخارج منه (قوله حنث بخبزه) كعصيدة وحلواء در (قوله لا بسفه) الا
اذا كان طحانا حموي عن مجمع الروايات وفي النوازل ان اتخذ منه خبيصا أخاف ان يحنث وينبغي ان
لا يتردد في حنثه اذا أكل ما يسمى في ديارنا بالكسكس نهر (قوله وهو ان يوضع على الكف الخ) نقل
السيد الحموي عن المغرب ان السف أكل كل شئ يابس انتهى (قوله كما هو في الصحيح) الظاهر ان يقال
وهذا هو الصحيح (قوله وقيل يحنث) لانه أكل الدقيق حقيقة والعرف لا يسقط به الحقيقة والصحيح
هو الاول لان عين الدقيق لا يؤكل فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه زيلعي (قوله لم يحنث بأكل الخبز) لانه
نوى حقيقة كلامه زيلعي (قوله والخبز ما اعتاده أهل بلده) حتى لو حلف المصري أو الشامي انه لا يأكل
خبزا انصرف الى البر قال في الفتح وينبغي ان يحنث بأكل الكماج لانه خبز وزيادة وفي الخانية يحنث
بالرقاق انتهى وهو المسمى في ديارنا بالبيساني لا ما يحشى بالسكر واللوز كما هو ظاهر وأقول الظاهر انه
لا يحنث بأكله لانه لا يسمى خبزا والايمان مبنية على العرف حموي وقوله لا يحنث بأكله أي الرقاق واما
الشعير فانما يعتاده بعض أهل القرى فيحنث به فلو أن بدويا اعتاده ودخل الى بلدة المتعارف فيها أكل
خبز الحنطة واستمر لا يأكل الا الشعير فحلف لا يأكل خبزا لا يحنث الا بأكل الشعير نهر عن الكمال وكذا
لا يحنث بالقطائف الا اذا نواه وكذا لا يحنث بالثريد ولا بالعصيد والططماج ولا يحنث لو دقه فشربه أو أكله
بعدما تفتت لانه لا يسمى خبزا ولو أكله مبلولا حنث ولو حلف لا يأكل خبز فلانة فالخابزة هي التي هي تضرب
الخبز في التنور دون التي تعجنه وتهيؤه للضرب فان أكل من خبز التي ضربته حنث والا فلا بحر وفي الدر
عن البدائع لا يأكل طعاما فاضطر لميتة فأكل لم يحنث انتهى (قوله طبرستان) بفتح الباء وكسر الراء
سميت بذلك لان أهلها كانوا يحاربون بالفاس أي الطبر معرب تبر والنسبة اليها طبرى (قوله ولا نية له)
قيد به لانه لو نوى ما يشوى ممل به كالبيض والفول الاخضر الذي يسمى في عرفنا شوى العرب شرنبلالية
عن الفتح (قوله وعلى ما طبخ من اللحم) هذا في عرفهم وكذا ما نقله السيد الحموي عن البرجندي من
ان الطبيخ ما طبخ بلحم أو شحم لا ما طبخ بسمن أو زيت بحسب عرفهم أيضا واما في عرفنا فاسم الطبيخ يقع
على كل مطبوخ بالماء ولو بودك أو زيت أو سمن در عن مصنف التنوير ولا شك ان قوله فاسم الطبيخ يقع

الا ان يقضمها وعند أبي يوسف يحنث
اذا أكل خبزها ولا يحنث بسويقه
وعند محمد يحنث بخبزه وسويقه وان
قضمه يحنث عندهم والقضم الاكل
باطراف الاسنان ومنه قضم حنطة
فأكلها أي مضغها وكسرها كذا
في المغرب (وفي هذا الدقيق) أي
فيما اذا حلف لا يأكل من هذا الدقيق
(حنث بخبزه لا بسفه) أي لا يحنث
بأكل الدقيق مسفوفا وهو ان يوضع
على الكف ويبتلع من غير مضغ كما
هو في الصحيح وقيل يحنث وان عنى
أكل الدقيق بعينه لم يحنث بأكل الخبز
(والخبز ما اعتاده بلده) وذا خبز البر
والشعير في ديارنا فلا يحنث بخبز القطائف
الا ان ينويه وكذا خبز الارز لانه غير
معتاد في ديارنا ويحنث به في طبرستان
(والشواء والطبيخ على اللحم) أي لو حلف
لا يأكل الشواء أو الطبيخ ولا نية له يقع
على اللحم المشوي دون الباذنجان
والجزر المشوي ونحوهما وعلى ما طبخ
من اللحم والقياس في الطبيخ ان يحنث
في اللحم وغيره مما هو مطبوخ وانما
يحنث

على كل مطبوخ بالماء الخ شامل للسمك المطبوخ لكن ذكر فى البحر انه لا يحنث به وفى المغرب الودك من الشحم أو اللحم وقول الفقهاء ودك الميتة من ذلك وحاصله انه الدهن كما فى البحر وفيه عن البدائع حلف لا يأكل من طبيخ امرأته فسخنت له قدرا طبخها غيرها لا يحنث لان الطبخ وجد من الاولى لامنها وفى التجريد قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر وفى عرفنا ليس واضع القدر طابخا قطعا ومجرد الايقاد كذلك ومثله يسمى صبى الطباخ والطباخ هو الموكل بوضع التوابل وان لم يوقد كذا فى الفتح الخ وقال فى الدر عن النهر الطعام يعم ما يؤكل على وجه التطعم كخبز وفاكهة لكن فى عرفنا الا انتهى (قوله اذا أكل اللحم المطبوخ بالماء) وان أكل الخبز بالمرقة يحنث لانه يسمى طبيخا وفيها أجزاء اللحم أيضا عينى قال يعقوب باشا ينبغى ان يحنث بالطبيخ بلا لحم فى هذا الزمان لاطلاقهم عليه طبيخا عرفا لكن قدمنا انه لا يحنث بالمرق يعنى الا ان يكون فيه اجزاء اللحم واليه يومئ قوله ان الطبيخ يقع على اللحم نهر ولا يخفى ان ماذكره يعقوب باشا موافق لما قدمناه عن الدر (قوله انه اختلاف عصر وزمان الخ) فعلى المفتى ان يفتى بما هو المعتاد فى كل عصر نهر (قوله التفاح) بضم التاء وتشديد الفاء حموى عن المفتاح (قوله والبطيخ) بكسر الباء أخضر كان أو أصفر وذكر السرخسى ان البطيخ ليس من الفاكهة ومافى الكتاب رواية القدورى ورواه الشهيد فى المنتقى عن أبى يوسف نهر (قوله والمشمش) بكسر الميمين حموى عن المفتاح وفى الصحاح انه بفتح الميم وكسرها (قوله والاجاص) دخيل لان الجيم والصاد لا يجتمعان فى كلمة واحدة من كلام العرب الواحدة اجاصة كما فى الصحاح والاجاص هو البرقوق (قوله لا العنب والرمان الخ) فيكون العطف فى الآية للمغايرة (قوله والرطب) وقال محمد البسر الاحمر فاكهة بحر (قوله والقثاء) بكسر القاف وضمها وبالمد حموى وفى المحيط ماروى ان الجوز واللوز من الفاكهة هو فى عرفهم اما فى عرفنا فلا ولو حلف لا يأكل من فاكهة العام فان كان فى أيام الرطب لا يحنث باليابس منها وان كان فى غير وقتها فهو على اليابس استحسانا للعرف بحر (قوله والقثد الخيار) بفتح الثاء المثلثة وكذا الفقوس والعجور والفقوس كتنور كما فى القاموس (قوله فقال أبو يوسف ومحمد) الظاهر العطف بالواو حموى (قوله يحنث فى العنب الخ) فيكون العطف فى الآية عند الصاحبين من عطف الخاص على العام وهذا الخلاف اذا لم يكن له نية اما اذا نوى فعلى مانوى بالاجماع زيلعى (قوله الا البطيخ) ذكر شمس الائمة السرخسى ان البطيخ ليس من الفاكهة لان مالا يكون يابسه فاكهة فرطبه لا يكون فاكهة زيلعى وقال فى الذخيرة هذا لا يستقيم لان الرطب من الرمان والعنب فاكهة واليابس منهما ليس بفاكهة وقيل كل ما يكون نضيجه فاكهة فنيؤه يكون فاكهة حموى عن البرجندى (قوله وقال فى المحيط العبرة للعرف فيما يؤكل الخ) صوابه فما يؤكل حموى (قوله والادام) بكسر الهمزة وجمعه ادم كاهاب واهب حموى ونقل شيخنا عن المصباح ان الادام ما يؤتدم به مائعا كان أو جامدا وجمعه ادم مثل كتاب وكتب ويسكن للتخفيف فيعامل معاملة المفرد الخ (قوله ما يصطبغ به) بضم الياء على البناء للمفعول ويعدى بالباء حموى عن المفتاح ونقل شيخنا عن المصباح ما نصه والصبغ ما يصطبغ به من الادام ومنه قوله تعالى وصبغ للآكلين والجمع صباغ قال الراجز

تزج من دنياك بالبلاغ ❊ وباكر المعدة بالدباغ
بكسرة لينة المضاغ ❊ بالملح أوما خف من صباغ

(قوله والملح) لانه لا يؤكل وحده عادة بل تبعا للخبز لان الادام ما يؤكل تبعا للخبز وحقيقة التبعية بالاختلاط وعدم الاكل وحده ولانه يذوب فى الفم فيحصل الاختلاط زيلعى ومنه تعلم مافى كلام العينى من الخلل حيث قال والملح وان كان لا يؤكل وحده عادة ولكنه يذوب فى الفم فيحصل الاختلاط بالخبز انتهى ووجه الخلل ان قوله والملح وان كان لا يؤكل وحده عادة يقتضى ان الادام ما يؤكل وحده وليس كذلك الا ترى الى قول الزيلعى والمرق ونحوه من المائعات لا يؤكل وحده بل يشرب بخلاف اللحم وأختيه فانها تؤكل وحدها فلم تكن اداما الخ فالصواب حذف قوله وان كان والاقتصار على قوله

اذا أكل اللحم المطبوخ بالماء فاما القلية اليابسة فلا تسمى مطبوخا (والرأس ما) يكبس فى التنانير وما (يباع فى مصره) مشويا فلا يدخل راس الجراد والعصفور ونحوهما تحته ويدخل رأس الغنم وعليه الفتوى وكان أبو حنيفة يقول أولا يدخل فيه رأس الابل والبقر والغنم لما رأى من عادة أهل الكوفة ثم لما تركوا هذه العادة فى الابل قال يحنث برأس البقر والغنم خاصة وهما رحمهما الله تعالى لما شاهدا عادة أهل بغداد فى رأس الغنم خاصة قالا لا يحنث الا برأس الغنم فعلم انه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان (والفاكهة التفاح والبطيخ والمشمش) والخوخ والاجاص والتين لانها اسم لما يؤكل على سبيل التفكه أى التنعم بعد الطعام وقبله وهذا المعنى ثابت فيها (لا العنب والرمان والرطب والقثاء) وهو ٣ خيار بادرنك (والخيار) وهو المعروف وفى المغرب تفسير القثاء بالخيار تسامح والقثد الخيار وفى الصحاح القثاء الخيار والقثد نبت يشبه الخيار وقال أبو يوسف ومحمد يحنث فى العنب والرطب والرمان أيضا فيكون فاكهة عندهما وكذا اليابس من هذه الاشياء يسمى فاكهة الا البطيخ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فالناس فى زمن أبى حنيفة لا يتفكهون بها وفى زمانهما يتفكهون فافتى كل بحسب ما شاهد فى زمانه وقال فى المحيط العبرة للعرف فيما يؤكل على سبيل التفكه عادة ويعد فاكهة فى العرف يدخل تحت اليمين ومالا فلا وهذا فيما اذا لم يكن له نية واما اذا نوى فعلى مانوى بالاجماع (والادام ما يصطبغ به كالخل والملح والزيت) أى لو حلف لا يأتدم

٣ خيار بادرنك من نوع الخيار طويل ومعوج ويفسرونه بالعجور أيضا انظر ص ٩٣ من تبيان عاصم انتهى محمد عارف

والملح لا يؤكل وحده وكذا الاوجه الاتيان بالاستدراك فالاولى حذفه كما لا يخفى (قوله ولا نية له) فالخلاف فيما اذا لم ينو وان نوى فعلى ما نوى اجماعا عيني (قوله لا اللحم) فان قلت ورد في الحديث سيد ادام أهل الجنة اللحم قلت هو في الجنة وكلامنا في الدنيا وانه لا يلزم من كونه سيد الادام ان يكون من الادام كما يقال الخليفة سيد العرب والعجم وان لم يكن هو من العجم عيني (قوله والجبن) قال في مختصر الصحاح الجبن الذي يؤكل والجبن أيضا صفة الجبان والجبن بضمتين لغة فيهما و بعضهم يقول جبن وجبنه بالضم والتشديد قال الشيخ شاهين ففي اقتصار الشيخ العيني على التشديد قصور ونقل الحموي عن شرح ابن الحلبي ان فيه ثلاث لغات رواها ابو عبيد سماعا عن العرب أجودها سكون الباء والثانية ضمها للاتباع والثالثة وهي أقلها التثقيل ومنهم من جعل التثقيل من ضرورة الشعر انتهى (قوله وعند محمد الخ) و بقول محمد أخذ الفقيه أبو الليث قال في الاختيار وهو المختار عملا بالعرف وفي المحيط وهو الاظهر وقال القلانسي في تهذيبه وعليه الفتوى نهر (قوله من طلوع الفجر) جزم في الخلاصة وغيرها بأن أول وقته من طلوع الشمس وأهل مصر يسمون ذلك فطورا الى ارتفاع الضحى وهو غاية التصبح فيدخل وقت الغداء فينبغي اجراؤهم على ما تعارفوه نهر (قوله والعشاء منه الخ) ذكر الاسبيجابي ان هذا في عرفهم اما في عرفنا فوقت العشاء بعد صلاة العصر انتهى وهذا هو الواقع في عرف مصر لانهم يسمون ما يأكلون بعد الزوال وسطانية والمساء مساآن أحدهما اذا زالت الشمس الا ترى انك تقول اذا زالت كيف أمسيت والمساء الاخر اذا غربت الشمس فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي كان ذلك على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على الثاني بحر عن البدائع (قوله منه أي من الظهر الخ) كذا في متن الزيلعي والعيني والبحر و وقع في متن النهر والحموي والعشاء من الظهر قال السيد الحموي والظاهر ان المراد بالظهر اول وقته ولهذا قال في الخزانة الغداء من طلوع الفجر الى الزوال والعشاء من الزوال الى نصف الليل انتهى (قوله ولهذا سمي الظهر احدى صلاتي العشاء) كذا في الفتح وكأنه تحريف والصواب العشي بفتح العين مع ياء بعد الشين المكسورة و يدل عليه قوله سبحانه وتعالى بالغداة والعشي وفي الصحاح العشاء والعشية من صلاة المغرب الى العتمة والعشاء بالكسر والمد مثل النساء وزعم قوم ان العشاء من زوال الشمس الى طلوع الفجر نهر بزيادة المكسورة بعد الشين (قوله لانه مأخوذ من السحر) وهو ما بعد نصف الليل الى طلوع الفجر حتى لو حلف لا يتسحر فأكل في هذا الوقت حنث عيني وهذا هو المنقول عن أبي يوسف وقيل السحور من ذهاب ثلثي الليل الى طلوع الفجر حموي عن الظهيرية واعلم ان قول المصنف والسحور منه الى طلوع الفجر ساقط من متن البحر (قوله وفي التفسير توسع الخ) يشير الى ما ذكره نوح أفندي ونصه تفسير الغداء والعشاء بالاكل لا يصح لما في المغرب مما حاصله ان الغداء والعشاء اسمان لطعام يؤكل في هذين الوقتين لا للاكل فيهما فلا يصح حمل الاكل عليهما بلا تأويل والتأويل من وجوه الاول ان الاكل بمعنى المأكول أي طعام الغداء المأكول من طلوع الفجر الى الظهر وطعام العشاء المأكول من الظهر الى نصف الليل والثاني ان فيه مضافا تقديرا والتقدير اكل الغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر واكل العشاء الاكل من الظهر الى نصف الليل والثالث ان الغداء بمعنى التغدي والعشاء بمعنى التعشي توسعا فالمعنى التغدي الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والتعشي الاكل من الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين ولهذا سمي الظهر احدى صلاتي العشا وهو ما روي عن أبي هريرة انه قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتي العشاء وفسرت بانها الظهر في بعض الروايات انتهى وكأنه لم يطلع على ما قدمناه عن النهر من ان الصواب العشي بفتح العين وياء بعد الشين المكسورة ووقع لصاحب البحر نظير ما في الشرح وفتح القدير واعلم ان كلام الشارح صريح في احتياج السحور للتأويل ايضا وفيه تفصيل ذكره نوح أفندي ونصه والسحور ان كان بضم السين فهو اسم للاكل في ذلك الوقت فيصح حمل الاكل عليه بلا تأويل وان كان بفتحها فهو اسم لما

يؤكل

ولا نية له فالادام الخل والزيت واللبن والمرق ونحو ذلك مما يصطبغ به الخبز ويختلط به (لا اللحم والبيض والجبن) والسمك هذا عند أبي حنيفة وهو الظاهر من قول أبي يوسف وعند محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام فيكون البيض واللحم والجبن اداما وهو رواية عن أبي يوسف والعنب والبطيخ ليسا بادام بلا خلاف وقيل على الخلاف والصحيح الاول (والغداء الاكل من) طلوع (الفجر الى الظهر) كذا في المغرب (والعشاء منه) أي من الظهر (الى نصف الليل) لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا سمي الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث (والسحور منه) أي من نصف الليل (الى) طلوع (الفجر) لانه مأخوذ من السحر وفي التفسير توسع ومعناه اكل الغداء والعشاء والسحور

يؤكل فيه فيحتاج للتأويل بتقدير مضاف وهو الاكل او يجعل السحور بمعنى التسحر مجازا فالمعنى على الاول اكل السحور الاكل من نصف الليل الى الفجر وعلى الثاني التسحر الاكل من نصف الليل الى الفجر انتهى (قوله على حذف مضاف) هذا يقتضي أن يكون المراد من قوله وفي التفسير توسع يعني بحذف المضاف كما ذكره السيد الحموي قال لكن لا يلائمه التعليل بما سيأتي من قوله لان الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم اكله الخ يعني لصحة تأويل الاكل بالماكول (قوله كذا في المغرب) أي بالمعنى كما يستفاد من كلام السيد الحموي حيث قال في المغرب الغداء طعام الغداة كما ان العشاء طعام العشاء وهذا هو المثبت في الاصول وأما قوله في المختصر الغداء الاكل من طلوع الفجر الخ فتوسع ومعناه اكل الغداء أو اكل العشاء او اكل السحور على حذف المضاف انتهى (قوله ما يقصد به الشبع) بان يكون اكثر من نصف الشبع في الغداء والعشاء والسحور نهر عن الفتح لان اللقمة واللقمتين لا يسمى غداء عادة زيلعي (قوله لم يصدق أصلا) لان دلالة هذه الافعال على هذه الاشياء بطريق الاقتضاء والمقتضى لا عموم له ولا يجوز ان ينوي اكلا دون اكل مثلا لان المصدر الثابت في ضمن الفعل دل على الماهية دون الافراد فلا يكون عاما قابلا للتخصيص حموي عن البرجندي ولان النية انما تعمل في الملفوظ لانها لتعيين المحتمل والطعام ونحوه غير مذكور فان قيل يشكل بما اذا قال ان خرجت او ان ساكنت فلانا ونوى الخروج الى سفر او المساكنة في بيت واحد فانه يصدق ديانة حتى لو خرج الى غير السفر وساكنه في دار لا يحنث قلنا الخروج متنوع الى مديد وقصير وهما يختلفان اسما وحكما والفعل يحتمل التنويع دون التخصيص الا ترى انه لو حلف لا يتزوج ونوى حبشية او رومية صح ولو نوى امرأة بعينها لا يصدق لان الاول تنويع دون الثاني على ان بعض اصحابنا منعوا فعلى هذا لا يرد علينا وكذا المساكنة عامة متنوعة فأعمها ان تكون في بلدة واحدة والمطلق منها ان تكون في دار واحدة وأتمها ان تكون في بيت واحد وقد بينا ان نية النوع في الفعل تصح زيلعي وقوله ونوى حبشية او رومية صح أي فيما بينه وبين الله تعالى بخلاف ما لو نوى كوفية او بصرية والفرق ان التخصيص في الحبشية ونحوها كالرومية والعربية من قبيل تخصيص الجنس بخلافه في الكوفية والبصرية فانه تخصيص الصفة شرنبلالية عن الفتح والمحتمل من قول الزيلعي لانها لتعيين المحتمل اسم مفعول أي ما يحتمله اللفظ شيخنا (قوله وعن أبي يوسف انه يصدق الخ) لان ذكر الفعل ذكر للمصدر وهو نكرة في موضع الشرط فيعم فيقبل التخصيص حموي عن البرجندي ولانه مذكور تقديرا وان لم يذكر صريحا نهر (قوله أي صدق ديانة لا قضاء) لانه نكرة في الشرط فيعم كالنفي الا انه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء فيما اذا كانت يمينه بطلاق او عتاق ولا تعلق للقضاء في اليمين بالله تعالى نهر وفي الواقعات اذا استحلف الرجل بالله وهو مظلوم فاليمين على ما نوى كما لو اكرهه على الحلف بأنه لا يتزوج امرأة ثم قال نويت من بلدة كذا صحت نيته تخصيص العام ديانة بالاجماع وكذا قضاء عند الخصاف والحاصل انه متى حلفه ظالم وأخذ بقول الخصاف فلا بأس به وقالوا النية للحالف ولو بطلاق او عتاق وكذا بالله لو مظلوما وان ظالما فللمستحلف در عن الولوالجية (قوله دجلة) ممنوع من الصرف للعلمية والتأنيث حموي وهو بكسر الدال وفتحها نهر بغداد شيخنا عن القاموس (قوله على الكرع) بابه خضع وفيه لغة أخرى من باب فهم شيخنا عن المختار (قوله ولم يحنث اذا شرب باناء) الاناء معروف والجمع آنية وجمع الآنية اوان مثل سقاء وأسقية واساق كذا في الصحاح وهذا أي عدم الحنث اذا شرب باناء اذا لم يكن له نية فان نوى باناء او غيره عمل به وقيد بالنهر لانه لو حلف لا يشرب من البئر وليست ملآنة فتكلف الكرع منها لا يحنث به في الصحيح بل بالاغتراف منها اذا لم يكن له نية شرنبلالية عن الفتح والحب كالبئر ان كان مملوءا فيمينه على الكرع عنده خلافا لهما والا فعلى الاغتراف وتقييده بقوله وليست ملآنة للاحتراز عن الملآنة فيمينه حينئذ تكون على الكرع عنده ولو شرب من نهر يأخذ من الفرات لا يحنث في يمينه لا يشرب من الفرات اجماعا ويحنث في يمينه لا يشرب من ماء الفرات ولو حلف لا يشرب ماء فراتا او من

على حذف مضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم اكله وكذا العشاء بالمد والفتح اسم لطعام العشاء كذا في المغرب ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عرفا ويعتبر في حق أهل كل بلد عادتهم حتى لو حلف لا يتغدى لا يحنث باللبن والتمر الا اذا كان بدويا ولو قال (ان لبست أو اكلت أو شربت) أو نكحت أو اغتسلت فعبدي حر (ونوى) ثوبا (معينا) أو طعاما أو شرابا أو فلانة أو من الجنابة المعينة (لم يصدق أصلا) لا ديانة ولا قضاء فيحنث اذا لبس أي ثوب كان ولكن بشرط ان يكون قدر ما يستر العورة وأي طعام اكل وأي شراب شربه وأي امرأة نكح وأي جنابة اغتسل وعن أبي يوسف يصدق فيما بينه وبين الله تعالى وبه أخذ الخصاف وهو قول الشافعي (ولو زاد ثوبا) فقال ان لبست ثوبا (أو) زاد (طعاما) فقال ان اكلت طعاما (أو) زاد (شرابا) فقال ان شربت شرابا أو امرأة أو غسلا (دين) أي صدق ديانة لا قضاء لو حلف (لا يشرب من دجلة) انعقدت يمينه (على الكرع) ولم يحنث اذا شرب باناء عند أبي حنيفة

ماء فرات فهو على شرب ماء عذب من أي موضع كان ولو حلف لا يشرب ماء هذا الكوز فصب ماؤه في كوز آخر فشربه لم يحنث لتبدل النسبة زيلعي (قوله وعندهما يحنث) لانه المتعارف يقال شرب أهل بغداد من دجلة والمراد الشرب بأي شئ كان وله ان كلمة من للتبعيض حقيقة وهي مستعملة عرفا وشرعا قال عليه السلام لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في الشن والا كرعنا والحقيقة مرادة ولهذا لو شرب كرعا يحنث ولو حنث بالشرب باناء يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو ممتنع وهما يقولان ليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز بل هو عمل بعموم المجاز والحق ان هذه المسئلة مبنية على ان المجاز الراجح أولى عندهما من الحقيقة المستعملة فيصار الى المجاز وعنده الحقيقة المستعملة أولى فلا يصار الى المجاز وهو نظير اختلافهم فيمن حلف لا يأكل من هذه الحنطة زيلعي وقوله والحق ان هذه المسئلة مبنية على ان المجاز الراجح أولى عندهما فيصار الى المجاز يوهم عدم حنثه بالكرع عندهما وليس كذلك بدليل قوله وهو نظير اختلافهم فيمن حلف لا يأكل من هذه الحنطة اذ ذكره هو وغيره من انه يحنث بالقضم عندهم جميعا ولقوله ولهذا لو شرب كرعا يحنث أي اتفاقا لانه ذكره في مقام الاستشهاد وهم لا يستشهدون الا بالمتفق عليه (قوله والكرع تناول الماء بالفم) من موضعه ولو تناوله باناء لا يكون كرعا نهر عن المغرب (قوله بخلاف ماء دجلة) لان الشرط شرب ماء منسوب الى دجلة والغرف لا يقطع النسبة عيني (قوله فصب) ظاهر كلامهم انه لا فرق بين أن يكون صبه هو أو غيره اومال الكوز فانصب ما فيه من غير فعل أحد بحر أوصب في أناء آخر كما هو ظاهر اطلاقه نهر وأقول سبق تصريح الزيلعي به معللا عدم الحنث بتبدل النسبة (قوله والحال انه لا ماء فيه لا يحنث) سواء علم وقت الحلف ان فيه ماء اولم يعلم هو الاصح نهر (قوله وهو شرط في الابتداء والبقاء) أي شرط في الابتداء لانعقاد اليمين وقوله والبقاء اى بقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجود البر بخلاف اليمين المطلقة حيث لا يشترط لها تصور البر في البقاء بالاتفاق كما سيأتي معزيا للشرنبلالية في الكلام على ما اذا حلف ليقضين دينه ففات تصور القضاء بالهبة وهذا الاصل فروعه كثيرة منها كما في الدر ان لم تصلي الصبح غدا فانت كذا لا يحنث بحيضها بكرة في الاصح ومنها ان لم تردى الدينار الذي أخذتيه من كيسي فانت طالق فاذا الدينار في كيسه لم تطلق لعدم تصور البر ومنها ان لم تهبيني صداقك اليوم فانت طالق وقال ابوها ان وهبتيه فامك طالق فالحيلة ان تشتري منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث ابوها لعدم الهبة ولا الزوج لعجزها عن الهبة عند الغروب بسقوط المهر بالبيع ثم اذا أرادت الرجوع ردته بخيار الرؤية انتهى قال شيخنا ومنها أيضا ما سئل عنه استاذنا رجل تشاجر مع زوجته بسبب أمته فقال ان لم ابعها الى ثلاثة أشهر فانت طالق ثم ظهر انها حبلى منه باعترافه فاجاب بان زوجته لا تطلق اذا مضت الثلاثة الاشهر لبطلان اليمين لان تصور البر شرط لبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجود البر خلافا لابي يوسف انتهى وكذا لو خلى يمينه عن الوقت بان كانت مطلقة ثم ظهر حبلها واعترف به كانت يمينه باطلة فلم يحنث بعدم بيعها لان تصور بره شرط لانعقاد اليمين المطلقة سواء علم وقت الحلف بحبلها أو لم يعلم كما تقدم في مسئلة الكوز انتهى ولا يقال ان هذه من قبيل ان لم ابعه فكذا فاعتق أو دبر حنث لوجود المعلق عليه وهو عدم البيع لوقوع اليأس عنه بفوات المحلية فكذا يحنث في هذه لوجود المعلق عليه الطلاق اذ باعترافه بحملها حصل اليأس من البيع لفوات المحلية فاذا مضت المدة تطلق لوجود الشرط وهو عدم البيع كما لو أعتق او دبر لانا نقول باعترافه بحملها من وطئه السابق على اليمين ظهر أنها لم تكن محلا للبيع الصحيح الذي عقد يمينه عليه وقتها فكان البر غير متصور بخلاف قوله ان لم ابعه الخ لان البر فيه متصور وقت اليمين وبالعتق أو التدبير بعدها فوت البر على نفسه فوجد الشرط وهو عدم البيع لحصول اليأس منه فيحنث كما لو وقع اليأس منه بموت الحالف أو فوات المحلوف به فحصل الفرق بين المسئلتين كذا أجاب شيخنا عما أورد على شيخه الشيخ شاهين قال شيخنا ثم رأيت المسئلة في الخانية ونصها رجل قال لجاريته ان لم ابعك الى شهر فانت حرة ثم ظهر

وعندهما يحنث والكرع تناول الماء بالفم من موضعه (بخلاف) ما لو حلف ان لا يشرب (من ماء دجلة) فانه يحنث بأى وجه شرب اتفاقا ولو قال (ان لم اشرب ماء هذا الكوز اليوم فكذا) يعنى امرأتى طالق مثلا (و) الحال انه (لا ماء فيه) أو كان الماء في ذلك الكوز (فصب) قبل الليل (أو اطلق) أى لم يذكر اليوم بان قال ان لم اشرب ماء هذا الكوز (و) الحال انه (لا ماء فيه لم يحنث) لعدم امكان المحلوف عليه وهو شرط في الابتداء والبقاء

بها منه حبل في الشهر حل له ان يطأها في الشهر ثم تبطل اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد اذا جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر ويحل له وطؤها بعد ذلك وعلى قول أبي يوسف يحنث ولا يحل له وطؤها لانها صارت حرة انتهى (قوله وان كان الماء فيه فصب حنث اجماعا) كذا ذكره شيخنا وهو ظاهر ولهذا علل الشارح الحنث بقوله لانعقاد اليمين وفوت البر بالاراقة وعن هذا ذكر السيد الحموي انه لو ذكر قوله هذا عندهما عقب قول المتن لا يحنث لكان أصوب كما فعل العيني فان حنثه في صورة الاطلاق اذا كان فيه ماء فصب متفق عليه انتهى (قوله الا ان في المطلق يحنث في الحال لوجوب البر وجوبا موسعا الخ) كذا في النسخ التي وقفت عليها وفيه خلل ظاهر وحق العبارة ان يقال كما في الزيلعي وفي المطلق يحنث للحال ان لم يكن فيه ماء وان كان فيه ماء يحنث عند الصب لانه يجب عليه البر كما فرغ وقد تحقق عجزه للحال في الفارغ فيحنث للحال أو عند الصب في المشغول فيحنث في ذلك الوقت انتهى فظهر ان في العبارة سقطا هو وان لم يكن فيه ماء وان كان فعند الصب وقوله لوجوب البر الخ علة لليمين المطلقة فاذا فات البر حنث كما فرغ من اليمين وان لم يفت حنث عند الصب شيخنا (قوله ليصعدن الخ) قيد بالفعل لانه لو حلف على الترك بان قال ان تركت مس السماء فعبدي حر لم تنعقد يمينه لان الترك لا يتصور في غير المقدور بحر (قوله انعقدت يمينه) لان صعود السماء ممكن ولهذا صعدتها الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا اما بخلع صفة الحجرية والباس الذهبية او باعدام الاجزاء الحجرية وابدالها اجزاء ذهبية نهر (قوله وحنث في الحال) للعجز الثابت عادة وضع اليمين في المطلقة لان المقيدة يتوقف حنثه فيها على مضى الوقت حتى لو مات قبله لم يحنث نهر (قوله فايقظه بندائه) فلو لم يوقظه لم يحنث هو المختار ولو مستيقظا حنث لو بحيث يسمع بشرط انفصاله عن اليمين فلو قال موصولا ان كلمتك فانت طالق فاذهبي أو واذهبي لا تطلق ما لم يرد الاستئناف ولو قال اذهبي طلقت لانه مستأنف وفي السراجية سأل محمد حال صغره ابا حنيفة فيمن قال لآخر والله لا كلمك ثلاث مرات فقال ابو حنيفة ثم ماذا فتبسم محمد وقال انظر حسنا يا شيخ فنكس ابو حنيفة ثم قال حنث مرتين فقال محمد أحسنت فقال ابو حنيفة لا ادري اي الكلمتين أوجع لي قوله حسنا أو احسنت در ولو سلم على جماعة هو فيهم حنث الا اذا لم يقصده فلا يحنث ديانة الا ان يقول الا على واحد فيصدق قضاء انه لم يقصده ولو سلم من الصلاة فان كان اماما والمحلوف عليه على يمينه لا يحنث وان كان على يساره حنث لوقوع الثانية في غير الصلاة وعن محمد انه لا يحنث فيهما وهو الصحيح قال في الفتح والاصح ما في الشافي يحنث الا ان ينوي غيره وان كان مقتديا فعلى ذلك التفصيل عندهما وعند محمد لا يحنث مطلقا ولو دق عليه الباب فقال من حنث ولو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو او فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث وخارج الصلاة يحنث ولو قال لآخر ان ابتدأتك بكلام فعبدي حر فالتقيا وسلم كل على الآخر معا لا يحنث وانحلت اليمين لعدم تصور ان يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام احدهما الا ان ينوي كلا منهما وعليه الفتوى واعلم ان الكلام لا يكون الا باللسان فلا يكون بالاشارة ولا الكتابة والاخبار والاقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالاشارة والايماء والافشاء والاعلام والاظهار يكون بالاشارة ايضا فان نوى في الاظهار والافشاء والاعلام كونه بالكلام والكتابة دون الاشارة دين نهر واختلفوا في القول هل هو كالكلام اولا ففي الدر عن الخانية لا اقول له كذا فكتب اليه حنث ففرق بين القول والكلام لكن نقل المصنف عن الجامع انه كالكلام خلافا لابن سماعة انتهى (فرع) رجل قال لامرأته ان كلمتك الليلة قبل ان تكلميني فانت طالق ثم قالت المرأة ان كلمتك قبل ان تكلمني فعبدي حر ثم قال لها الزوج اعطى السائل شيئا لا يعتق العبد ولا تطلق المرأة شيخنا عن الخانية (قوله فاذن له ولم يعلم الخ) وجه الحنث ان الاذن مشتق من الاذان او من الوقوع في الاذن فيشترط العلم بخلاف لا يكلمه الا برضاه فرضي ولم يعلم لان الرضا من اعمال القلب فيتم به (قوله خلافا لابي يوسف) مقتضاه ان مذهب ابي يوسف ذلك وهو ممنوع وانما هو رواية عنه حموي قال في النهر وعن الثاني انه

(وان كان) الماء فيه (فصب حنث) حال الاراقة لانعقاد اليمين وفوت البر بالاراقة هذا عندهما وعند أبي يوسف يحنث في ذلك كله لعدم اشتراط الامكان عنده مطلقا الا ان في المطلق يحنث في الحال لوجوب البر وجوبا موسعا كما فرغ فاذا فات وجب عند الفراغ وفي المقيد اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله سبحانه (حلف ليصعدن السماء اوليقلبن هذا الحجر ذهبا) انعقدت يمينه و(حنث في الحال) وقال زفر لا تنعقد لوحلف (لا يكلمه) اي فلانا (فناداه وهو نائم فايقظه) بندائه (او) حلف لا يكلمه (الا باذنه فاذن له و) الحال انه (لم يعلم) الحالف اذنه (وكلمه) الحالف (حنث) في الصورتين عندهما خلافا لابي يوسف في الثانية وانما قيد بقوله فايقظه

يحنث ووقع للزيلعي والعيني مثل ما في الشرح ووجه عدم الحنث ان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا وبه قال الشافعي عيني (قوله لانه لولم يوقظه لايحنث في الصحيح) احترز به عما ذكره القدوري انه اذا كان بحيث يسمع لولم يكن نائما يحنث والمختار الاول وقيل هو على الخلاف عند أبي حنيفة يحنث خلافا لهما عيني (قوله لايكلمه شهرا الخ) ولو عرفه كان على باقيه وفي البدائع قال في بعض النهار لاأكلمه يوما كانت يمينه على بقية اليوم والليلة المستقبلة الى مثل تلك الساعة التي حلف فيها من الغد وكذا لو قال ليلة كانت يمينه من تلك الساعة الى ان يجيء مثلها من الليلة المستقبلة فيدخل ما بينهما من النهار ولو قال اليوم ولا غدا لم تدخل الليلة التي بينهما انتهى ولولم يكرر حرف النفي كانت يمينا واحدة فيدخل الليل كما في الواقعات نهر ولو قال ياحائط اسمع أو اصنع كذا وكذا وقصده اسماع المحلوف عليه لايحنث زيلعي وقوله وقصده اسماع المحلوف عليه هو قول أبي يوسف وبه يفتى ويتفرع عليه ما لو قال لها ان شكوت مني لاخيك فانت طالق فجاء أخوها وعنده ما صبي لا يعقل فقالت ياصبي ان زوجي فعل كذا وكذا حتى سمع أخوها لا تطلق لانها خاطبت الصبي دون الاخ حموي عن شرح ابن الحلبي روي ان عبد الرحمن بن عوف بعد ان حلف ان لا يكلم عثمان رضي الله عنه كان يفعل كذلك ذكره قاضيخان والظاهر ان تقييد الصبي في كلام ابن الشلبي بكونه لا يعقل اتفاقي (تتمة) لايجوز هجر المؤمن فوق ثلاث لما في الطريقة المحمدية وشرحها قال صلى الله عليه وسلم لايحل لمؤمن ان يهجر مؤمنا فوق ثلاث فاذا مرت به ثلاث فليلقه وليسلم عليه فان رد عليه فقد اشتركا في الاجر وان لم يرد عليه فقد باء بالاثم وزاد في رواية فمن هجر فوق ثلاث دخل النار وهذا محمول على الهجر لاجل الدنيا وأما لاجل الآخرة والمعصية والتأديب فجائز بل مستحب من غير تقدير لوروده عنه عليه السلام وعن الصحابة فقد صح هجره للثلاثة الذين خلفوا وأمره الصحابة بهجرهم حتى تاب الله عليهم انتهى وقوله خلفوا أي عن غزوة تبوك (قوله من حين حلف) لانه لولم يذكر الشهر تتأبد اليمين فصار ذكر الشهر لاخراج ما وراءه لا لاثبات المذكور ومدته اليه وكذا لو قال ان تركت كلامه شهرا أو ان تركت الصوم شهرا أو ان لم أساكنه شهرا يتناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم مطلقا أو ترك الكلام أو ترك المساكنة مطلقا يتناول الابد فصار ذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا الاجارة والآجال بخلاف قوله لاصومن أو لاعتكفن شهرا لان مطلق الصوم والاعتكاف المطلق لا يتأبد بل يتناول الادنى في النفي والاثبات فيكون ذكر الوقت للمد اليه لا لاخراج ما وراءه زيلعي فيكون تعيين الشهر في الصوم والاعتكاف اليه در (قوله لايتكلم الخ) ولو زاد كلاما حسنا ففي الظهيرية ما يفيد انه يحنث نهر ولو حلف لا يقرأ القرآن يحنث بالقراءة في الصلاة أو خارجها ولو قرأ البسملة فان نوى ما في النمل حنث والالا ولو حلف لا يقرأ سورة كذا أو كتاب فلان لا يحنث بالنظر فيه وفهمه به يفتى تنوير وشرحه عن الواقعات (قوله سواء كان في الصلاة أو خارجها) صححه الكمال وعليه الدرر والملتقى بل في البحر عن التهذيب انه لا يحنث بقراءة الكتب في عرفنا انتهى وقواه في الشرنبلالية وفي البحر صحح الحنث بالقراءة خارج الصلاة وتبعه في التنوير وذكر ان الحنث بالقراءة خارج الصلاة هو الظاهر فاختلف التصحيح (قوله أي على الليل والنهار) لان اليوم قرن بما لا يمتد وهو الكلام فكان المراد به مطلق الوقت (قوله صدق) لم يقل المصنف قضاء لما فيه من الخلاف حموي (قوله قضاء وديانة) لانه نوى حقيقة كلامه عيني (قوله ليلة أكلمه على الليل) يعني ما لم ينو به مطلق الوقت حموي عن البرجندي وفي مبسوط صدر الاسلام اذا قال لها أنت طالق ليلة أدخل دار فلان ونوى الوقت المطلق ودخلها نهارا تطلق في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى حموي عن البرجندي (قوله على الليل وحده) لانه حقيقة في سواده كالنهار للبياض خاصة ولم يجئ استعماله في مطلق الوقت كاليوم وأورد قوله

وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة * ليالي لاقينا جذاما وحميرا
سقيناهم كاسا سقونا بمثله * ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

لانه لولم يوقظه لايحنث في الصحيح وقيل
يحنث بقوله لم يعلم لانه لوعلم به ثم كلمه لايحنث
اتفاقا حانث (لايكلمه شهرا فهو)
ينعقد (من حين حلف) حلف (لايتكلم
فقرأ القرآن أو سبح أو هلل لم يحنث)
مطلقا سواء كان في الصلاة أو خارجها
وعليه الفتوى وفي رواية عن علمائنا
ان قرأ فيها أو سبح لم يحنث وان
قرأ أو سبح أو هلل أو كبر في غيرها
حنث والمذكور في المتن رواية شيخ
الاسلام المعروف بخواهر زاده
والقياس ان يحنث في الوجوه كلها
ولو قال لعبده (يوم أكلم فلانا) فأنت
حر ينعقد (على الجديدين) أي على
الليل والنهار حتى لو كلمه ليلا أو نهارا
يحنث وانما سميا بهما لتجددهما (فان
عنى) بقوله يوم (النهار) خاصة
صدق) قضاء وفي رواية لا يصدق قضاء
(و) لو قال لعبده (ليلة أكلمه) فأنت حر
ينعقد (على الليل) وحده ولو قال (ان
كلمته الا ان يقدم زيد أو حتى) يقدم
(أو الا ان يأذن أو حتى) يأذن
(فكذا) أي فعبدي حر مثلا (فكلم

اذ

اذ المراد مطلق الوقت فان الحر ب لم يكن ليلا وأجاب شمس الائمة بان المذكور الليالى بصيغة الجمع وذكر أحد العددين ينتظم مابازائه من الآخر ولا كذلك المفرد نهر (قوله قبل قدومه واذنه حنث) لان اليمين باقية قبل وجود الغاية زيلعى (قوله وبعدهما لا يحنث) وكذا اذا كان كلامه وقدومه معا حموى عن الخزانة ووجه عدم الحنث ان القدوم والاذن صار غاية لليمين لدخول حرف الغاية فيهما أما حتى فظاهر فانها للغاية وأما الا ان فالاصل فيها انها للاستثناء وتستعار للشرط والغاية اذا تعذر الاستثناء لمناسبة بينها وبينهما وهو ان حكم ماقبل كل واحد من الاستثناء والشرط والغاية يخالف مابعده ثم اذا تعذر الاستثناء ودخلت على مالا يتوقت تكون للشرط كقوله أنت طالق الا ان يقدم فلان ان قدم لا تطلق وان لم يقدم حتى مات طلقت فحملت على الشرط كانه قال ان لم يقدم فلان فأنت طالق لان الاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الطلاق والقدوم فكان حملها على الشرط أولى من حملها على الغاية لان الطلاق لا يحتمل التأقيت لانه متى وقع فى وقت وقع فى جميع الاوقات وان دخلت على مايتوقت تكون للغاية كما فى مسئلة الكتاب لان الاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الاذن والكلام فحملت على الغاية لانها دخلت على اليمين وهى تقبل الغاية كما اذا حلف لا يكلمه الى رجب ونحوه فكان حمله على الغاية أولى من حمله على الشرط لان مناسبة الاستثناء للغاية أقوى من مناسبته للشرط الاترى ان الحكم موجود فيهما فى الحال بخلاف الشرط زيلعى وكذا تنتهى اليمين بكلمة مادام أومازال أوما كان حتى لو حلف لا يفعل كذا مادام ببخارى فخرج منها ثم رجع ففعل لا يحنث لانتهاء اليمين وكذا لا يأكل هذا الطعام مادام فى ملك فلان فباع فلان بعضه لا يحنث بأكل باقيه لانتهاء اليمين ببيع البعض تنوير وشرحه وكذا لو قال لا أكلمه مادام عليه هذا الثوب أومازال أوما كان فكلمه بعدما نزعه ولبسه لا يحنث بخلاف مالو قال لا أكلمه وعليه هذا الثوب فنزعه ولبسه فكلم حنث لانه ماوقت بل قيده بصفة فتبقى اليمين مابقيت تلك الصفة بحر بقى ان يقال ماسبق من انه لو حلف لا يأكل هذا الطعام مادام فى ملك فلان الخ الذى يظهر تقييده بما اذا كان يمكنه أكل كله وقد تقدم مايدل على ذلك (قوله وان مات زيد سقط الحلف) لعدم تصور القدوم والاذن بعد موته ففات امكان تصور البر وهو شرط للانعقاد ابتداء وبقاء وعند الثانى لما لم يكن شرطا تتأبد عند سقوط الغاية ففى أى وقت كلمه حنث نهر (قوله سقط اليمين) كما لو قال والله لا أكلمك حتى يأذن لى فلان أو قال لغريمه والله لا أفارقك حتى تقضينى حقى فمات فلان قبل الاذن أو برئ من الدين فاليمين ساقطة والاصل ان الحالف اذا جعل ليمينه غاية وفاتت الغاية بطلت اليمين خلافا للثانى وكذا تسقط اليمين لو حلف ان يجره الى باب القاضى ويحلفه فاعترف الخصم أو ظهر شهوده تنوير وشرحه (قوله لا يأكل طعام فلان الخ) لو أتى بقوله مطلقا عقب قوله لم يحنث وأخر قوله ان أشار عن قوله كالمتجدد وغير قوله وان لم يشر لا يحنث بعد الزوال بقوله وان لم يشر حنث بالمتجدد بأن قال لا يأكل طعام فلان الخ وزال ملكه وفعل لم يحنث مطلقا كالمتجدد ان أشار وان لم يشر حنث بالمتجدد لكان أولى اما أولا فلانه أخصر واما ثانيا فلانه لا فرق فى عدم الحنث اذا فعل المحلوف عليه بعد زوال الملك بين ان يشير أولم يشر (تتمة) حلف لا يأكل من طعام فلان فأكل من طعام مشترك بينه وبين غيره حنث لاطلاق الطعام على القليل والكثير بخلاف الدار والثوب بحر عن الذخيرة (قوله وزال ملكه) أطلق فى زوال الملك فى المسئلة الاولى فشمل ما اذا زال الملك من المحلوف عليه الى الحالف كما اذا حلف لا يأكل طعامك هذا فأهداه له فأكل لم يحنث فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعن محمد يحنث وكذا فى بقية المسائل بحر عن الذخيرة ومن هنا تعلم ان الطعام لا يخرج من ملكه بالاذن للضيفان فى الاكل وينبنى عليه ان الضيف المأذون له فى الاكل لا يباح له الا الاكل حتى لو أراد نقله لغيره لم يجز وكذا لا يجوز له ان يطعم الهرة ونحوها مالم يعلم رضاه (قوله لم يحنث عندهما) لان هذه الاعيان لا يقصد هجرانها لذواتها بل لاذى من ملاكها اما غير العبد فظاهر وكذا العبد فى ظاهر الرواية لانه لخسته وسقوط منزلته الحق

قبل قدومه) فى الاولى (أو) قبل (اذنه) فى الثانية (حنث وبعدهما) أى بعد القدوم والاذن (لا) يحنث (وان مات زيد) الذى اسند اليمين اليه قبل القدوم والاذن (سقط الحلف) عندهما وعند أبى يوسف يبقى اليمين لو حلف (لا يأكل طعام فلان أولا يدخل داره أولا يلبس ثوبه أولا يركب دابته أولا يكلم عبده) يتطر (ان أشار) الى المضاف اليه فى جميع الصور (وزال ملكه) أى ملك المضاف اليه (وفعل) أى كله (لا يحنث) عندهما

بالجمادات فكانت الاضافة معتبرة فلا يحنث بعدز والها درر وروى ابن سماعة ان العبد كالصديق نهر وعن محمد يحنث فى العبد والدار لان الاشارة معتبرة والاضافة لغو عينى لان الاشارة لقطعها الاشتراك أبلغ فى التعريف من الاضافة فتعلقت اليمين بالعين وبه قال زفر والثلاثة (قوله وعند محمد يحنث) ظاهر اطلاقه انه يحنث فى الكل وهو خلاف ما سبق عن العينى من تخصيصه الحنث عند محمد بالعبد والدار (قوله كما فى المتجدد) أى لا يحنث فى الملك المتجدد من المذكورات اجماعا لوقوع اليمين على المشار اليه حموى عن البرجندى (قوله لا يحنث بعد الزوال) أى زوال الاضافة لانه عقد يمينه على فعل واقع فى محل مضاف الى فلان فلم يوجد درر (قوله ولكن حنث بالمتجدد ملكا) لان اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه درر (قوله وقال أبو يوسف الخ) الذى فى الزيلعى وعن أبى يوسف انه لا يحنث فى الملك المتجدد له فى الدار وحده لان الملك لا يستحدث فيها عادة فهى أول ما يشترى وآخر ما يباع فتقيدت اليمين المضافة الى الدار بالقائمة فى ملكه وقت اليمين وهما يقولان ان اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه انتهى (قوله وعنه فى رواية الخ) لانه عقدها بالاضافة فما لم توجد حقيقتها وقت اليمين لا يتناوله اليمين (قوله وفى الصديق الخ) انما حنث لان هذه الاشياء يمكن ان تهجر لذاتها فاذا كانت الذات معتبرة كان الوصف وهو كونه مضافا الى فلان فى الحاضر لغوا حموى (قوله حنث اجماعا) لان الحر مما يقصد بالهجر فكانت الاضافة للتعريف هذا اذا لم يقل فانه عدو لى فانه لا يحنث بعد الزوال لظهور ان الداعى لمعنى فى المضاف اليه نهر (قوله وعند محمد يحنث) لان المقصود هجرانه والاضافة للتعريف فصار كالمشار اليه ولهما ان هجران الحر لغيره محتمل وترك الاشارة والتسمية أى وترك التسمية باسمه يدل على ذلك فلا يحنث مع الاحتمال بالشك عينى (قوله وحنث بالمتجدد) قيده الزيلعى بما اذا لم يشر ولا حاجة اليه للاستغناء عنه بقول المصنف وفى غير المشار والحاصل انه اذا اضاف ولم يشر لا يحنث بعد الزوال فى الكل لانقطاع الاضافة ويحنث فى المتجدد بعد اليمين فى الكل لوجودها واذا أضافها وأشار فانه لا يحنث بعد الزوال والتجدد ان كان المضاف لا يقصد بالمعاداة والا حنث بحر (قوله بان لم يكن له صديق او زوجة الخ) لو اقتصر فى الشرح على قوله بان كلم ما استحدثه من صديق او زوجة ليشمل ما لو كان له وقت اليمين صديق وزوجة اولم يكن لكان اولى (قوله وعند محمد لا يحنث) وهو مبنى على ما تقدم من انه يتناول المعين وهو الموجود فتكون معاداته لذاته عنده وعندهما لاجل الاضافة هذا اذا لم تكن له نية واما اذا نوى فعلى ما نوى لانه نوى محتمل كلامه زيلعى (قوله الطيلسان) معرب تيلسان ابدلوا التاء منه طاء من لباس العجم مدور واسود لحمته وسداه صوف نهر ووزنه فيعلان بفتح الفاء والعين وقيل بكسر العين (قوله حنث اجماعا) لان الامتناع لذاته لا للطيلسان عينى وظاهره ان الطيلسان مثال فان قوله صاحب هذه الدار ونحوه كذلك نهر حتى لو قال لا أكلم صاحب هذا الثواب فباعه وكلمه حنث لان الانسان لا يعادى لاجل الثوب بل لمعنى فيه فيراد الذات كما فى النقاية وفيه انه يجوز ان يكون الثوب حريرا فيعادى لذلك انتهى حموى عن البرجندى (قوله ستة أشهر) لان الحين يذكر بمعنى الساعة قال تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون اى ساعة تمسون و يطلق على اربعين سنة قال تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر والمراد اربعون سنة و يطلق على ستة اشهر قال تعالى تؤتى أكلها كل حين قال ابن عباس فى ستة أشهر فيحمل عليه لانه هو الوسط وخير الامور اوسطها لان اللحظة لا يقصد الامتناع عنها باليمين للقدرة على الامتناع بدونها واربعون سنة بمنزلة الابد ومن يؤمل ان يعيش اربعين سنة ولو قصد ذلك لاطلقه ولم يذكر الحين لانه يتأبد عند الاطلاق فتعين ما عيناه والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان و يستوى فيه المعرف والمنكر لان ستة أشهر لما كانت معهودة انصرف العرف اليها زيلعى و يعتبر ابتداؤها من وقت اليمين بخلاف لاصومن حينا أو زمانا كان له ان يعين أى ستة أشهر شاء شرنبلالية عن الكمال (قوله ولم ينو) قيد به لانه اذا نوى شيئا فعلى ما نوى لانه محتمل

كلامه

وعند محمد يحنث (كما فى المتجدد) أى
كما لا يحنث ان تجدد الملك فى مثل
هذه الاشياء اجماعا بان اشترى
طعاما آخر او دارا اخرى او ثوبا
آخر او عبدا آخر (وان لم يشر) الى
المضاف اليه وأضاف الى فلان هذه
الاشياء (لا يحنث) ان فعل ما قال (بعد
الزوال و) لكن (حنث بالمتجدد)
مطلقا سواء كان دارا أو غيرها وقال
أبو يوسف لا يحنث فى الملك المتجدد
فى الدار وعنه فى رواية ينعقد اليمين
فى الجميع بالقائم فى ملكه وقت
الحلف (وفى الصديق والزوجة) أى
فى المشار حنث بعد الزوال) هذا
لو حلف لا يكلم صديق فلان هذا
أو زوجة فلان هذه وكلم بعد زوال
الصداقة والزوجية حنث اجماعا (وفى
غير المشار) اليه بان قال لا أكلم
صديق فلان او زوجة فلان فكلمه
بعد زوال الصداقة والزوجية
(لا) يحنث عندهما وعند محمد يحنث
(وحنث بالمتجدد) بان لم يكن له صديق
او زوجة وقت اليمين فاستحدث
وكلمه يحنث عندهما وعند محمد
لا يحنث ولو حلف (لا يكلم صاحب
هذا الطيلسان فباعه) الصاحب
(فكلمه) الحالف (حنث) اجماعا
وان كلم المشترى لا يحنث (الزمان
والحين ومنكرهما ستة أشهر) حتى
لو حلف لا يكلمه الزمان أو الحين
أو زمانا أو حينا ولم ينو فعلى ستة أشهر
فلو كلمه قبل مضى ستة اشهر يحنث
وبعده لا (والدهر والابد العمر) حتى
لو قال ان صمت

كلامه زيلعى (قوله والدهر والابد العمر) وأشار المصنف الى انه لوقال لا أكلمه العمر فهو على الابد واختلف جواب بشر بن الوليد فى المنكر نحو عمرا فمرة قال فى فقه على صوم عمر يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر الا ان ينوى أقل أو أكثر قال فى البحر عن البدائع والاظهر وقوعه على ستة أشهر (قوله وقال ابو حنيفة لا أدرى ماهو) يعنى اذا لم يكن له نية كما فى البرهان فان قيل ذكر فى الجامع الكبير اجمعوا فيمن قال ان كلمته دهورا أوشهورا أوسنينا أوجمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات فكيف قال أبو حنيفة لا أدرى ما الدهر قلنا هذا تفريع لمسئلة الدهر على قول من يعرف الدهر كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها قاله ابن الضياء شرنبلالية ونقل التوقف عن الائمة الاربعة بل عن النبى صلى الله عليه وسلم وجبريل عليه السلام اذ ورد انه عليه السلام سئل عن خير البقاع فقال لا ادرى حتى أسأل جبريل فسأل جبريل فقال لا أدرى حتى أسأل ربى فصعد الى السماء ونزل فقال سألت ربى عن ذلك فقال خير البقاع المساجد وخير أهلها من يكون أول الناس دخولا وآخرهم خروجا وسئل ابن عمر عن شئ فقال لا أدرى ثم قال طوبى لابن عمر سئل عما لا يدرى فقال لا أدرى فعلم انه من الكمال والتورع وقيل انما قال لا أدرى تأدبا وحفظا للسانه عن التحدث فى الدهر فانه جاء فى الخبر لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر أى خالق الدهر زيلعى وفى السراج توقف أبو حنيفة فى أربعة عشر مسئلة بحر قال القهستانى وفيه تنبيه لكل مفت ان لا يستنكف من التوقف فيما لا وقوف له عليه اذ المجازفة افتراء على الله تعالى بتحريم الحلال وضده انتهى ولقد أحسن شيخ الاسلام برهان الدين بن أبى شريف حيث قال

جهل الامام أبا حنيفة دينه * ان قال لا أدرى لتسعة أسئله
أطفال أهل الشرك أين محلهم * وهل الملائكة الكرام مفضله
أم أنبياء الله ثم اللحم من * جلالة أنى يطيب الاكل له
والدهر مع وقت الختان وكلبهم * وصف المعلم أى وقت حصله
والحكم من خنثى اذا ما بال من * فرجيه مع سؤر الحمار استشكله
وأجائز نقش الجدار لمسجد * من وقفه أم لم يجز ان يفعله

قلت ولا يخفى ان الدهر فى كلام الناظم معرف وهو لم يتوقف الا فى المنكر شرنبلالية وأقول ما ذكره الناظم يتمشى على ما رواه أبو يوسف من ان المعرف والمنكر سواء عند أبى حنيفة فى التوقف كما فى النهاية والغاية لكن قال فى النهر والاصح ان الخلاف مقصور على المنكر (قوله وقالا هو على ستة أشهر) لانه يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيته منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد زيلعى وفى البحر وهو الصحيح واذا لم يرد عن الامام شئ فى مسئلة وجب الافتاء بقولهما نهر واذا لم يوجد النص فى المذهب أصلا يؤخذ بقول مالك شيخنا (قوله والايام) فلو حلف لا يكلمه بضعة عشر يوما فهو على ثلاثة عشر يوما لان البضع من ثلاثة الى تسعة فيحمل على أقلها بحر (قوله والدهور) انظر معناه على قول الامام فان مفرده المعرف واقع على العمر اتفاقا فلا ينبغى ان يكون فى جمعه معرفا خلاف فى انه واقع على العمر كالمفرد كما هو ظاهر والجواب انه جمع دهر منكرا وما ذكر من وقوعه على عشر مرات عند الامام كل مرة ستة أشهر فهو تخريج من الامام على قول الصاحبين شيخنا (قوله والجمع) ثم الجمع معرفة ونكرة تقع على أيام الجمعة فى المدة وله ان يكلمه ما بين الجمعات لانه حقيقة اسم ليوم مخصوص الا اذا نوى الاسبوع فيصدق للاحتمال والتغليظ على نفسه زيلعى (قوله والازمنة) فاذا حلف لا يكلمه الازمنة أو الاحايين فهى على عشر مرات ستة أشهر بحر عن شرح الطحاوى فتكون المدة خمس سنين (قوله والشهور على السنة والايام وأيام كثيرة على السبعة) وجه العهد فى الايام والشهور ان الايام تدور على سبعة والشهور على اثنى عشر فتنصرف اليه وفى غيرهما لم يوجد فيستغرق العمر وأبو حنيفة يقول ان أكثر ما يطلق عليه اسم الجمع عشرة وأقله ثلاثة فاذا دخلت عليه آلة التعريف استغرق الجميع وهو العشرة زيلعى (قوله ومنكرها ثلاثة) لانه أقل الجمع ما لم يوصف

الدهر اوالابد فهو على
العمر (ودهر مجمل) وقال أبوحنيفة
لاادرى ماهو وقالا هو على ستة اشهر
(والايام وايام كثيرة والشهور) (والسنون
والدهور والجمع والازمنة
عشرة) من ذلك عند أبى حنيفة
وعندهما السنون والدهور والازمنة
والجمع على العمر والشهور على السنة
والايام وايام كثيرة على السبعة وقيل
ينصرف الى السبعة اتفاقا لوحلف
بالفارسية (ومنكرها ثلاثة)

بالكثرة كما مر (فروع) حلف لا يكلم عبيد فلان أولا يركب دوابه أولا يلبس ثيابه ففعل ثلاثة منها حنث وان كان لفلان أكثر من ثلاثة من كل صنف وتصح نية الكل ولو كانت يمينه على زوجاته أو اصدقائه أو اخوانه لا يحنث مالم يكلم الكل مما سمى لان المنع لمعنى في هؤلاء فتعلقت اليمين باعيانهم ولو لم يكن له الا أخ واحد فان كان يعلم به حنث والا لا قال في النهر و ينبغي ان يكون الاصدقاء والزوجات كذلك وأما الاطعمة والثياب والنساء فيقع على الواحد اجماعا لانصراف المعرف للعهد ان امكن والا فللجنس ولو نوى الكل صح كذا في التنوير وشرحه واعلم ان تقييد الاطعمة وما بعدها من الثياب والنساء بال التي للجنس عند عدم العهد يشير الى انه لو ذكرها منكرة لا يحنث الا بثلاثة بقي ان يقال ماذكره في شرح التنوير من دعوى الاجماع في الوقوع على الواحد في النساء ونحوه عزاه في النهر الى تهذيب القلانسي لكن يعكر على دعوى الاجماع ماذكره في النهر قبله عن الذخيرة حيث حكى في المعرف من الرجال والعبيد اختلافا فعند عامة المشايخ يحنث بالواحد وصرفه بعضهم الى كل الجنس انتهى فأي فرق بين النساء والرجال ويمكن الجواب عن القلانسي بانه لما كان الصرف الى كل الجنس خلاف ما عليه عامة المشايخ نزله منزلة العدم

(باب اليمين في الطلاق والعتاق)

قدمه على غيره لكثرة الحلف بهما نهر (قوله وان الاول الخ) والوسط لفرد بين العددين المتساويين وان الشخص متى اتصف بواحد من هذه الثلاثة لا يتصف بالآخر للتنافي بينهما ولا كذلك الفعل لان اتصافه بالاولية لا ينافي اتصافه بالآخرية لان الفعل الثاني غير الاول فلو قال آخر تزوج أتزوج فالتي أتزوجها طالق طلقت المتزوجة مرتين لانه جعل الآخر وصفا للفعل وهو العقد وعقدها هو الآخر ولو قال آخر امرأة أتزوجها طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم طلق الاولى ثم تزوجها ثم مات طلقت التي تزوجها مرة لان التي أعاد عليها التزوج اتصفت بكونها أولى فلا تتصف بالآخرية للتضاد كمن قال آخر عبد اضربه فهو حر فضرب عبدا ثم ضرب آخر ثم اعاد الضرب في الاول ثم مات عتق المضروب مرة زيلعي و بحر (قوله أي طالق او حرة) فيه لف ونشر مرتب (قوله حنث بالميت) لانه ولد حقيقة وعرفا وشرعا بدليل ان العدة به تنقضي وتصير به نفساء والامة أم ولد وكذا لو كان سقطا قد استبان بعض خلقه لما مر من انه ولد وفي الحديث يظل السقط محبنطئا على باب الجنة حتى يدخل أبواه الجنة روي بالهمز وهو العظيم البطن المنتفخ بطنه من الامتلاء من الغضب و بتركه وهو المتعصب المستبطئ للشئ نهر ففعل المهموز احبنطأ مهموزا وغيره احبنطى مقصورا شيخنا عن الكمال (قوله لا يحنث ولكن تبقى اليمين عند أبي حنيفة) اعلم انه لا خلاف بين الامام وصاحبيه في عدم الحنث خلافا لما يفهم من كلام العيني وانما الخلاف في الانحلال وعدمه نص على ذلك الشارح بقوله وعندهما لا يحنث وانحلت اليمين بالاجزاء ومنه تعلم ان ماذكره السيد الحموي وتبعه بعضهم من ان الحنث هنا بالعتق ولا معنى لوصف الميت بالعتق والصواب ان الخلاف انما هو في انحلال اليمين اذا ولدت ولدا ميتا وعدم انحلالها فليراجع انتهى مبني على ماوقع له في نسخته من قوله وعندهما يحنث والحاصل ان لا النافية سقطت من قلم الناسخ وانه يتعين اثباتها بأن يقال وعندهما لا يحنث كما هو الواقع في نسختنا بخط شيخنا بدليل قول الشارح وانحلت اليمين بالاجزاء والا يلزم ان يكون في كلامه مناقضة باثبات الحنث ونفي الجزاء لان نفي الجزاء يستلزم عدم الحنث فتنبه (قوله ولو ولدت بعده حيا) منه تعلم ان الواو في قول صاحب النهر حتى لو ولدت ميتا وحيا عتق الحي عنده وقالا لا يعتق واحد منهما بمعنى ثم (قوله عتق الحي عنده خلافا لهما) للصاحبين ان الشرط تحقق بولادة الميت لكنه لما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لا الى جزاء وله ان الشرط ليس الا الولد الحي لان الولد وان كان مطلقا في اللفظ لكنه تقيد بوصف الحياة دلالة لانه قصد اثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها

(باب اليمين في الطلاق والعتاق) الاصل ان الولد الميت ولد في حق غيره لا في حق نفسه وان الاول اسم لفرد سابق والآخر لفرد لاحق فلو قال لامرأته او امته (ان ولدت ولدا فانت كذا) أي طالق أو حرة (حنث بالميت بخلاف) قوله (اذا ولدت ولدا فهو) أي الولد (حر) فولدت ميتا لا يحنث ولكن تبقى اليمين عند أبي حنيفة وعندهما لا يحنث وانحلت اليمين بالاجزاء (فلو ولدت) آخر (بعده حيا عتق الحي) وحده عنده خلافا لهما ولو قال (اول عبد املكه فهو حر

فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لان الجزاء لا يصلح مقيدا الاستغنائهما عن حياة الولد نوح أفندي (قوله فملك عبدا واحدا عتق) لان الاول اسم لفرد سابق لا يشاركه غيره في اسمه ومعناه وقد وجد فيه هذا المعنى فيعتق زيلعي (قوله ولو ملك عبدين الخ) فلو ملك عبدا ونصفا معا عتق التام بخلاف ما لو قال اول كر املكه فهو هدى فملك كرا ونصفا معا لم يهد شيئا لان النصف يزاحم كل نصف من الكر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الآخر والحاصل ان النصف يزاحم الكل في المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيئا واحدا بخلاف الثياب والعبيد زيلعي ونهر (قوله لا يعتق واحد منهم) لانه لما اشترى العبدين معا في عقد واحد لم يوجد فيهما الشرط وهو الفردية ولا فيما اشتراه بعدهما العدم السبق زيلعي أي لعدم الاولية (قوله ولو زاد وحده عتق الثالث) وكذا لو قال أول عبد أشتريه اسود او بالدنانير فهو حر فاشترى عبدين من البيض او بالدراهم ثم اشترى عبدا أسودا او بالدنانير فانه يعتق الثالث أيضا عملا بالوصف درر قيد بوحده لانه لو قال واحدا لا يعتق والفرق ان واحدا يقتضي نفي المشاركة في الذات ووحده يقتضي نفي المشاركة في الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدق الرجل في قوله في الدار رجل واحد وان كان معه صبي او امرأة وكذب اذا قال وحده فاذا قال واحدا أضاف العتق الى اول عبد مطلق لان قوله واحدا لم يفد أمرا زائدا على ما افاده لفظ اول فكان حكمه كحكمه واذا قال وحده فقد أضاف العتق الى اول عبد لا يشاركه غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق عناية وما في البحر من ان الجر على انه صفة للعبد كالاضافة أعني وحده وأقره في الشرنبلالية مدفوع بل هو كالنصب لانه يفيد أيضا نفي المشاركة في الذات ولم أر في كلامهم الرفع على انه خبر لمبتدأ محذوف والظاهر أنه لا يعتق أيضا كالنصب نهر واعلم ان عدم العتق مقيد بما اذا لم ينو بواحدا معنى التوحد في حالة الشراء شرنبلالية (قوله فملك عبدا ومات لم يعتق) لان الآخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره من جنسه ولا سابق له فلا يكون لاحقا ألا ترى انه يدخل في قوله اول عبد أملكه فيستحيل ان يدخل في ضده زيلعي (قوله عتق العبد الآخر) اتفاقا درر وتعقبه نوح أفندي بان الاولى حذفه لانه يوهم ان في المسئلة السابقة اختلافا مع انه لا يعلم فيها خلاف لاحد انتهى (قوله وعندهما يعتق مقتصرا) لان الآخرية تحققت بالموت فيعتق عند الموت فيكون في الثلث وله ان كونه آخرا تند الشراء يتبين بالموت فيعتق من ذلك الوقت درر (قوله فيعتق من الثلث) مطلقا سواء اشتراه في الصحة او المرض بخلاف العتق من جميع المال عند الامام فانه مقيد بما اذا كان الشراء في صحته كما ذكره الشارح سابقا وعلى هذا الخلاف اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا يقع عند الموت عندهما وترث بحكم انه فار ولها مهر واحد وعليها العدة لا بعد الاجلين من عدة الطلاق والوفاة وان كان الطلاق رجعيا يعني بان لم يقل ثلاثا فعليها عدة الوفاة وتحد وعنده يقع من منذ تزوجها فان كان دخل بها فلها مهر ونصف مهر بالدخول بشبهة ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وعدتها بالحيض بلا احداد ولا ترث منه زيلعي (قوله كل عبد بشرني بكذا الخ) البشارة عرفا اسم لخبر سار خرج الضار فليس ببشارة عرفا بل لغة ومنه فبشرهم بعذاب أليم لان الضار يغير بشرة الوجه أيضا صدق خرج الكذب فلا يعتبر ليس للمبشر به علم وتكون بكتابة ورسالة ما لم ينو المشافهة فتكون كالحديث ولو أرسل بعض عبيده عبدا آخر ان ذكر الرسالة عتق المرسل والا الرسول ولا فرق في البشارة بين ذكر الباء وعدمها بخلاف الخبر فانه يختص بالصدق مع الباء والكتابة كالخبر فيما ذكر والاعلام لا بد فيه من الصدق ولو بلا باء كالبشارة لان الاعلام اثبات العلم والكذب لا يفيده تنوير وشرحه وقوله بخلاف الخبر فانه يختص بالصدق مع الباء يشير الى ما في النهر لو قال من أخبرني او كتب الى ان فلانا قدم فكذا عتق بالكذب بخلاف ما لو قال بقدومه (قوله فبشره ثلاثة متفرقون) فيه تجوز أي اخبره أو هو محمول على التغليب حموي عن البرجندي (قوله عتق الاول) لتحقق البشارة من الاول دون الباقين ألا ترى الى ما روى أنه عليه السلام مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن ومعه أبو بكر وعمر فقال عليه السلام من اراد ان يقرأ القرآن فليقرأ بقراءة ابن ام

فملك عبدا) واحدا (عتق ولو ملك عبدين معا ثم) ملك عبدا (آخر لا يعتق واحد منهم) بان قال اول عبد املكه فهو حر (ولو زاد وحده) بان قال اول عبد املكه وحده فهو حر (عتق الثالث ولو قال آخر عبد املكه فهو حر فملك عبدا) ومات (لم يعتق فلو اشترى عبدا ثم عبدا فمات) المالك (عتق) العبد (الآخر منذ ملك) عند أبي حنيفة حتى اعتبر من جميع المال لو اشتراه في صحته وعندهما يعتق مقتصرا على حالة الموت فيعتق من الثلث ولو قال (كل عبد بشرني بكذا) اي بمجيء حبيبي مثلا (فهو حر فبشره ثلاثة متفرقون عتق الاول) فقط (وان بشروه معا

عبد فاخبره بذلك أبو بكر ثم عمر فكان ابن مسعود يقول بشرنى أبو بكر وأخبرنى عمر زيلعى (قوله عتقوا)
لتحقق البشارة من الجميع عينى ولو قال عنيت واحدا لم يدين فى القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى فيختار
منهم من شاء فيمضى عتقه ويمسك البقية حموى عن ابن الحلبى (قوله وصح شراء أبيه للكفارة) أى كفارة
يمينه ومثلها كفارة الظهار والصوم والقتل حموى وكان الاليق بهذه المسئلة مع ما بعدها فصل الكفارة
نهر وأشار بالشراء الى انه لا يجزئه عنها بالارث لانه يثبت فيه الملك بلا اختياره فلا تتصور النية فيه
ويجزئه عن الكفارة اذا نواه عنها عند قبوله بهبة او وصية أو صدقة لسبق النية مختارا فى السبب فتح
وتبيين وذكر فى البحر بحثا قال ولم أره وزاد فى بحثه ما اذا جعل بدلا عن خلع لو صلحا عن دم ونحوه يكون
كذلك مجزئا بالنية عند قبوله شرنبلالية (قوله خلافا لزفر والشافعى) والاصل فيه ان النية اذا قارنت
علة العتق ورق المعتق كامل صح التكفير والا فلا فهما يقولان علة العتق القرابة لانها علة الصلة بين
الاقارب والشراء شرط للعتق لانه سبب للملك ولان فيه صرف منفعة الكفارة الى أبيه فلا يجوز كغيرها
من القرب الواجبة عليه ولنا ان شراء القريب اعتاق قال عليه السلام لا يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا
فيشتريه فيعتقه أى يعتقه بذلك الشراء لانه لا يحتاج للعتق الى شئ آخر وهذا كما يقال سقاه فأرواه
ولا يقال ان العتق مستحق بالقرابة لانا نقول الاستحقاق لا يثبت قبل كمال العلة ولا معنى لقولهم فيه
صرف منفعة الكفارة الى أبيه لانه لما جاز صرفها الى عبده فأولى ان يجوز الى ابيه بخلاف غيرها من أنواع
الواجبات كالاطعام والكسوة والزكاة لانه لا يجوز صرفها الى عبده فكذا الى أبيه زيلعى (قوله لا شراء
من حلف بعتقه) بان يقول لعبد غيره ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناويا به العتق عن كفارته لان هذه
النية يشترط قرانها بالعلة العتق وهى اليمين والفرض انه لم ينو عند التكلم بل عند مباشرة الشراء نهر (قوله
حتى لو قال لامة رجل الخ) فيه ان المقام مقام التصوير لا التفريع فكان عليه ان يقول بان قال الخ
حموى قيد بنية التكفير عند اليمين ليعلم عدم الاجزاء بالاولى اذا لم تكن النية عنده بل عند الشراء وانما
لا يجزئه عتق أم الولد عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه درر
فقول السيد الحموى فى الحاشية فيه انه اذا قال عن كفارة يمينى اجزأت عن الكفارة فليراجع شرح
الشهاب الشلبى انتهى سبق نظر اذ عتق أم الولد عن الكفارة لا يجزئ مطلقا لا معلقا ولا منجزا لاستحقاقها
الحرية من جهة أخرى فلم يكن عتقا من كل وجه بخلاف القريب فانه قبل الشراء لم يعتق من وجه كما
صرح بذلك هو أيضا فى شرحه والحاصل انه متى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما
لان تمام العلة به وآخر الوصفين هنا الملك لانه المتأخر عن العلة الاولى وهى القرابة فيكون به معتقا
ولا يدخل على هذا شهادة الشاهد الثانى حيث لا يضاف الحكم اليها وحدها وان تمت الحجة بها بل يجب
عليهما ضمان ما اتلفاه بالرجوع عن الشهادة لان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء والقضاء يكون
بهما جميعا زيلعى (قوله وتجزئ عن الكفارة) لاقتران النية بالعلة (قوله واعلم ان التقييد بالاب
اتفاقى الخ) الظاهر ان يقال انما قيد بالاب ليعلم الحكم فى غيره من كل ذى رحم محرم بالاولى (قوله
صح لو فى ملكه والا لا) بخلاف ما لو قال ان تسريت أمة فأنت طالق فانه لا يشترط لوقوع الطلاق التسرى
بأمة مملوكة للمعلق وقت التعليق بل يقع الطلاق بالتسرى بأمة ملكها بعد التعليق كما يقع بالتسرى
بالمملوكة وقته خلافا لمن قاس تعليق الطلاق بالتسرى على مسئلة الكتاب وهى تعليق حريتها على
التسرى بها وقد رد عليه صاحب البحر معللا بأن طلاق المنكوحة صحيح بأى شرط كان انتهى أى سواء
كان الشرط مملوكا له وقت تعليق الطلاق أم لا وتبعه فى النهر وكلام الزيلعى آخرا صريح فيه شيخنا قلت
ونقله فى الشرنبلالية أيضا وأقره ونصه قوله لا من شراها وتسراها يشير الى انه لو علق عتق غيرها أو
الطلاق بالتسرى بها يحنث ذكره صاحب البحر آخرا بحفظه فانه غلط فيه بعض معاصريه انتهى (قوله
خلافا لزفر) لان التسرى لا يصح الا فى الملك فكان ذكره ذكرا للملك كمن قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى

عتقوا وصح شراء أبيه للكفارة) ناويا
عنها خلافا لزفر والشافعى (لا شراء من
حلف بعتقه) للكفارة (و) لا شراء (أم
ولده) للكفارة حتى لو قال لامة رجل
استولدها بالنكاح ان اشتريتك فأنت
حرة عن كفارة يمينى فاشتراها فانها
تعتق لوجود الشرط ولم تجزئ عن
الكفارة وانما قيد بام الولد لانه لو قال
لامة ان اشتريتك فأنت حرة عن
كفارة يمينى فاشتراها تعتق وتجزئ
عن الكفارة واعلم ان التقييد بالاب
اتفاقى لان الحكم لا يختلف فى قريب
محرم كما مر فى باب الظهار (لو قال (ان
تسريت) امة (فهى حرة صح) هذا
الحلف (لو) كانت الامة (فى ملكه)
وقت اليمين فتعتق بعد التسرى (والا)
أى وان لم تكن الجارية فى ملكه وقت
اليمين (لا) يصح خلافا لزفر حتى لو
اشترى امة بعده فتسرى بها

حرّ بصير كانه قال ان تزوّجتك وطلقتك لان الطلاق لا يصح الا في الملك فصار ذكره ذكر الملك فكذا هنا ولسنا ان اليمين بالعتق انما يصح في الملك أو مضافا اليه أو الى سببه ولم يوجد واحد منها في حقها ولئن سلمنا ان ذكر التسري ذكر لملك اليمين لا يلزم منه عتقها الا ان الملك ثبت اقتضاء ضرورة صحة التسري فيقدر بقدرها ولا يظهر ثبوته في حق صحة الجزاء وهو الحرية لان ما ثبت اقتضاء للضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر فيما وراءها وما قاله زفر لا يصح لانه لو كان كما قال لما تناول من كان في ملكه يوم حلف لانه لو كان تقدير الكلام ان ملكت جارية وتسريت بها فهي حرة لم يعتق من كانت في ملكه يومئذ اذا تسرى بها زيلعي (قوله لم يعتق عندنا) وهو قول الائمة الثلاثة (قوله وتسريت) بقلب احدى الراآت ياء كما قلبت احدى النونات ياء في تظنيت اصله تظننت زيلعي وفي كلام الشارح ما يشير اليه (قوله أي بوأها بيتا ومنعها من الخروج) فيه قصور لما في النهر من ان الجماع بالفعل مأخوذ في مفهوم التسري فلو حصنها وأعدها للجماع الا انه لم يصبها معها لم تعتق وقد اغفلوا التنبيه عليه انتهى (قوله قد تغير الخ) كما قالوا في النسبة الى الدهر دهري والى الارض السهلة سهلي زيلعي (قوله من السرور) فضم سينها على الاصل نهر (قوله طلب الولد مع ذلك شرط) حتى لو عزل عنها لا تكون سرية عنده لكن قال في النهر قلنا مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو ما يرجع الى الجماع أو غير ذلك لا تقتضي الانزال فأخذه في المفهوم واعتباره لا دليل عليه انتهى (قوله عتق عبيده الخ) لثبوت الملك فيهم أي كلا رقبة ويدا ولو نوى الذكور دون الاناث صدق ديانة لا قضاء ولو نوى السود دون غيرهم أو النساء دون الذكور لا يصدق اصلا ولو قال لم انو المدبرين ففي رواية يصدق ديانة لا قضاء وفي رواية لا يصدق أصلا شرنبلالية عن الفتح (قوله أو هذه وهذه طالق) لا سلف للشارح في التصريح بذكر الخبر فالاولى حذفه كما في الزيلعي والعيني والبحر والنهر والدر والدرر فان قلت حذفه متعين لما سيأتي عن النهر من تقييد المسئلة بعدم ذكر الخبر قلت ليس المراد عدم ذكر الخبر مطلقا بل خبر المثنى فقط على ما سيأتي ايضاحه (قوله طلقت الاخيرة الخ) لان اولا احد المذكورين وقد أدخلها بين الاولين ثم عطف الثالثة على المطلقة منهما والعطف يشرك في حكم المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز وانما التوقف في التعيين فصار كما لو قال احداكما طالق وهذه قيد بعدم ذكر الخبر لانه لو قال هذه طالق أو هذه وهذه طالقان أو هذا حرّ أو هذا وهذا حرّان لم تطلق واحدة ولم يعتق واحد بل يخير ان اختار الايجاب الاوّل وحده طلقت الاولى وحدها والعبد الاوّل وحده أو الثاني طلقت الاخيرتان نهر (قوله وخير في خمسمائة في الاولين) فيجعلها لايهما شاء وذكر في المغني ان النصف للاوّل والنصف الآخر للآخرين والصواب الاوّل وعليه المعنى لان الثالث معطوف على من له الحق منهما فيكون شريكا له ولو كان معطوفا على ما يليه كما ذكر لكان المقر به للاوّل وحده أو للآخرين لانه أوجبه لاحد المذكورين لا لهما بحر ولما كان قوله في الدرر وخمسمائة بين الاوّلين موهما خلاف المراد حاول الشيخ حسن تصحيحه فقال يعني فيعينها لمن شاء منهما

(باب اليمين في البيع والشراء والتزويج والصوم والصلاة وغيرها)

كالمشي واللبس والجلوس حموي وانما قدم البيع والشراء لكثرة وقوعهما نهر (قوله والاصل ان كل فعل ترجع حقوقه الى المباشر الخ) اعلم ان المراد بالمباشر خصوص الوكيل لا ما يعم الاصيل لان التمييز بين النوع الاوّل أعني ما لا حنث فيه الا بالمباشرة والنوع الثاني لا يتم الا بذلك فلو قال والاصل ان كل فعل تتعلق حقوقه بمن له العقد لا بالعاقد كالنكاح يحنث فيه بالامر أيضا كما نقله السيد الحموي عن البرجندي لكان أولى وانما لم أقل لكان صوابا لاستقامة الكلام حتى على اعتبار العموم في المباشر أيضا بأن يكون تقدير الكلام كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر أصيلا كان أو وكيلا لا يحنث بمباشرة المأمور وكل

لم تعتق عندنا خلافا له يقال تسررت وتسريت كما قالوا اتظننت وتظنيت أي اتخذها سرية أي بوأها بيتا ومنعها عن الخروج فهي فعلية بالضم منسوبة الى السر بالكسر وهو الجماع أو الاخفاء لان الانسان يسر به وانما ضمت سينه لان الابنية قد تغير في النسبة خاصة وكان الاخفش يقول انها مشتقة من السرور لانه يسر بها وقيل مأخوذة من السري وهو السيد لانه اذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الجواري كذا في الفوائد الظهيرية وذلك عندهما وعند أبي يوسف طلب الولد مع ذلك شرط ولو قال (كل مملوك لي فهو حر عتق عبيده وامهات اولاده ومدبروه لا مكاتبوه) ولا معتق البعض الا ان ينويهما ولو قال لنسوته (هذه طالق أو هذه وهذه طالق طلقت الاخيرة وخير في الاولين) فله ان يعين الطلاق في ايهما شاء (وكذا العتق والاقرار) بان قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا حر عتق الاخير وخير في الاولين وبان قال لفلان علي الف أو لفلان وفلان كان للاخير خمسمائة وخير في خمسمائة في الاولين

(باب اليمين في البيع والشراء والتزويج والصلاة وغيرها) والاصل ان كل فعل

عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر الا اذا كان أصيلا يحنث بفعل المأمور أيضا ثم الضابط هنا كما في النهر
أحد أمرين الاول ان كل فعل الخ ما ذكره الشارح الثاني ان كل ما يستغني المأمور في مباشرته عن اضافته
الى الآمر لم يحنث بمباشرة المأمور وان كان لا يستغني عن الاضافة يحنث وبالثاني دخل نحو الخصومة مما
لا حقوق له ترجع الى المأمور فانه يحنث فيها بالتوكيل على ما سيأتي وبهذا التقرير علمت ان القسمة
ثنائية كما جرى عليه المصنف والاكثرون وجعلها في الخانية ثلاثية بجعل ما لا حقوق له قسما ثالثا وادعى
في البحر انه الاولى لان ما لا حقوق له يخرج عنهما وقد علمت انه لا يخرج نعم يرد على الثاني الصلح على
انكار فانه من الثاني مع انه يستغني عن اضافته الى الآمر كما في شرح الوقاية انتهى (قوله ترجع حقوقه
الى المباشر) قال البرجندي وهو كل فعل يجوز ان يثبت حكمه للعاقد ثم ينتقل من العاقد الى غيره
حموي واشار بقوله يجوز ان يثبت حكمه للعاقد الخ الى الخلاف المشهور بين الكرخي وأبي طاهر من انه
اذا وكله بشراء شيء ونحوه من كل عقد ترجع حقوقه للعاقد هل يثبت حكمه للوكيل أولا ثم ينتقل
للموكل أو يثبت للموكل ابتداء قال الكرخي بالاول وأبو طاهر بالثاني وهو الاصح واعلم انه اذا اشترى
الوكيل قريبه المحرم لا يعتق عليه باتفاق الكرخي أيضا مع ان قياس ثبوت الملك له ابتداء يقتضيه لان
ملكه غير مستقر والموجب للعتق هو الملك المستقر وانظر هل اذا كان وكيلا بالاجارة فمات تبطل على
قياس مذهب الكرخي قلت المصرح به بطلانها بموت المعقود له لا بموت العاقد حيث عقدها لغيره
كالوكيل والوصي والاب والجد والقاضي ومتولي الوقف لبقاء المستحق الا اذا كان الوقف خاصا بالمتولي
بخلاف الوكيل بالاستئجار فانها تبطل بموته (قوله البيع) هذا هو المشهور ولم نجد فيه خلافا لكن نقل
السيد الحموي عن المفتاح انه يحنث في البيع والشراء والاجارة والاستئجار بالامر في قول محمد انتهى ولو حلف
لا يبيع فوهب بشرط العوض ينبغي ان يحنث كذا في القنية وبه جزم في الظهيرية ولو حلف لا يبيع داره
فأعطاها صداقا لامرأته ان اعطاها عوضا عن دراهم المهر حنث لا ان تزوجها عليها هذا هو الصواب في عبارة
النهر وما وقع في بعض النسخ من قوله لانه تزوجها عليها تحريف من النساخ شيخنا (قوله والشراء) فلو حلف
لا يشتري منه فأسلم اليه في ثوب حنث وفي القنية حلف لا يشتري لا يحنث بالتعاطي وحكى في النهر الحنث
بقيل وفيه عن القنية أيضا حلف ان اشتراه يحنث بالاقالة وقيل هذا قوله وأما على قولهما فلا يحنث
وأقول الوجه في ذلك ما تقرر من ان مبنى الايمان العرف وفي العرف لا يقال لمن اقال مبيعا انه اشتراه حموي
واعلم انه وقع في خط العيني بعد قوله والشراء والتزويج وهو سهو فان التزويج من القسم الثاني
وهو ما يحنث بهما وليس في خط القري والزيلعي والرازي شلبي واعلم ان المراد بالشراء الذي وجد بعده
التزويج في خط العيني هو الشراء الذي بعد قوله ما يحنث بالمباشرة لا بالامر البيع والشراء لا الشراء
الذي في الترجمة كما توهمه بعضهم اذ لا وجه للاعتراض به (قوله والاجارة) فلو حلف لا يؤجر وله مستغلات
اجرتها زوجته وقبضت الاجرة واعطته اله لا يحنث وتركها في ايدي الساكنين ليس اجارة وكذا لو تقاضى
منهم اجرة شهر قد سكنوه اما لو تقاضى منهم اجرة شهر لم يسكنوا فيه أو قال اقعدوا في هذه المنازل كان ذلك
اجارة فيحنث كذا في الذخيرة وأنت خبير بان تقاضي اجرة شهر لم يسكنوا ليس الا اجارة بالتعاطي فينبغي
ان يجري فيه الخلاف السابق نهر واعلم ان المراد من قوله لم يسكنوا نفي السكنى بالنسبة للزمن الماضي قبل
الحلف لا بعده والا فكيف يطالبون بالاجرة مع عدم السكنى أصلا (قوله والصلح عن مال) مقيد
بكونه عن اقرار كما سيأتي في بابه انه عن انكار فداء أي في حق المدعى عليه فيكون من الثاني كالصلح
عن عمد وما في المحيط من انه يحنث بالتوكيل في الصلح حمله في النهر على ما اذا كان عن انكار قال ولا حاجة
الى ما في البحر من حمله على الصلح اللغوي أي الرافع للعداوة (قوله والقسمة) بان حلف لا يقسم مع
شريكه فوكل غيره ان يقسم معه لم يحنث حموي (قوله والخصومة) والفتوى انها ملحقة بالاول نهر
عن بزازية وذكر انه اختلف فيها كلام صاحب المحيط فذكر أولا انها من الثاني وثانيا من الاول (قوله

ترجع حقوقه الى المباشر لايحنث
الحالف بمباشرة المأمور لوجوده منه
حقيقة وحكما والايحنث ويصير العاقد
سفيرا والآمر فاعلا ثم (ما يحنث بالمباشرة
لا بالامر البيع والشراء والاجارة
والاستئجار والصلح عن مال والقسمة
والخصومة

في هامش ص ٣٠٢ س ١٠ قوله
حلال بروى حرام معناه الحلال حرام
عليه وفي س ١٢ منه قوله هرچه
بدست راست كيرم بروى حرام معناه
كل ما املك بيدي اليمنى فهو عليه
حرام يعني على القائل وفي س ١٧ منه
هرچه بدست چپ كيرم كل ما أملكه
بيدي اليسرى لان راست بالفارسي
اليمين وچپ بفتح الاول بثلاث نقط
اليسار و س ١٩ منه هرچه
بدست كل ما أملكه بيدي هذا
القول الاخير خال عن قيد راست
وهو اليمين وعن قيد چپ أيضا وهو
اليسار قاله محمد عارف

وضرب الولد) أى الكبير ذكرا كان أو انثى حموى اما الصغير فيملك ضربه فيملك التفويض فيحنث بتوكيله كالقاضى در ونهر عن الخانية وهو ظاهر فى ان الاب ليس له تأديب ولده الكبير حتى لو فعل ما يوجب الحد او التعزير لا يتولى الاب ذلك بنفسه بل يرفعه الى القاضى الا اذا كان حالة المباشرة للنهى عن المنكر ويؤيده ما صرحوا به من انه اذا طلب الانفراد بالسكنى لم يملك الاب منعه الا اذا كان صبيح الوجه دفعا للعار عن نفسه وانظر حكم ولد الولد هل هو كالولد قال السيد الحموى وظاهر تعليل المسئلة وقولهم ضرب الحر كالولد يقتضى الحاقه به انتهى والمراد بالمنفعة التى وقع الفرق بها بين الولد والعبد معظمها كما فى الزيلعى فسقط ما عساه يقال ان منفعة الضرب تعود على كل من الضارب والمضروب فى كل من المسئلتين (قوله الاان ينوى الخ) وقع فى النسخة التى كتب عليها السيد الحموى الا ان ينوى ان لا يأمر بنفسه ولهذا قال قوله ان لا يأمر لعله ان لا يلى ليطابق قوله بنفسه انتهى (قوله يعتبر الغالب) وقيل تعتبر السلعة فلو مما يشتريها بنفسه لشرفها لا يحنث بوكيله والا حنث در (قوله وما يحنث بهما الخ) خلافا لمحمد فى النكاح حموى عن المفتاح (قوله اى بالمباشرة والامر) فيه تسامح لانه لا يحنث بمجرد الامر بل لا بدّ من فعل الوكيل حتى لو حلف لا يتزوج فوكل به لا يحنث حتى يزوجه الوكيل فلو قال وما يحنث بفعله وفعل مأموره لكان اولى ويجاب عنه بانه اطلق الامر على الفعل بحر وفيه ان هذا تقرير للمسامحة لا جواب عنها حموى واجاب فى النهر بان المؤثر فى حنثه انما هو امره والفعل شرط فيه واعلم ان الزيلعى فسر الامر بالتوكيل لكن يرد عليه الاستقراض ولهذا استشكل صاحب الدرر ذكر الاستقراض فان التوكيل به باطل فيجب ان لا يترتب عليه الحنث لان الباطل لا يترتب عليه الحكم انتهى ويجاب بتغليب التوكيل على الرسالة حموى عن البرجندى ونصه ذكر الاستقراض وقع هنا استطرادا لان التوكيل بالاستقراض لا يصح أصلا والرسالة به جائزة فلعله سمى الرسول بالاستقراض وكيلا تغليبا انتهى ولهذا فسر المرحوم الشيخ شاهين الامر بالرسالة واما ما أجاب به فى النهر من انه انما خصه لتعلم الرسالة بالاولى ففيه تأمل واعلم انه يتفرع على بطلان التوكيل بالاستقراض ما ذكره القهستانى من ان الوكيل اذا قال أقرضنى مبلغ كذا فهو باطل لا يثبت الملك الا للوكيل الخ وان اضاف الاستقراض الى الموكل فقال ان فلانا يستقرض منك كذا أو قال أقرض فلانا كذا كان القرض للموكل شيخنا عن قاضيخان (قوله النكاح) وسئلت عما اذا كان له وكيل مطلق مفوض قبل اليمين فزوجه واجبت بانه يحنث أيضا لان المقصود ايجاب الفعل من الوكيل بعد اليمين وقد وجد ثم رأيت فى عقد الفرائد عن التتارخانية وكذا لو كان التوكيل قبل اليمين ولو زوجه فضولى يعنى قبل اليمين لا يحنث بالاجازة مطلقا وبعده يحنث بالاجازة القولية لا الفعلية هو المختار وبه يفتى ولو قال والله لا ازوج فلانة فأمر رجلا فزوجها لا يحنث بخلاف لا اتزوج والفرق ان فى الاول لم يلحقه حكم ولحقه فى الثانى وهو الحل نهر عن البزازية والى هذا اشار فى الدر حيث زاد لا الانكاح بعد قول المصنف النكاح (قوله والطلاق الخ) انما يحنث بالطلاق والعتاق اذا وقعا بكلام وجد بعد اليمين واما اذا وقعا بكلام وجد قبل اليمين فلا يحنث حتى لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم حلف ان لا يطلق فدخلت لم يحنث لان وقوع الطلاق بكلام كان قبل اليمين بخلاف التعليق بعد اليمين ولو وقع عليها بمضى مدة الايلاء قبل اليمين لا يحنث والا حنث ولو فرق بينهما بالعنة لا يحنث عند زفر وعن أبى يوسف روايتان ولو عتق المكاتب بالاداء فان كانت الكتابة قبل اليمين لم يحنث والا حنث زيلعى ولو طلق امرأته ثم قال ان تزوجت امرأة باسمك فهى طالق ثم تزوجها لم تطلق ولو قال بهذا الاسم طلقت نهر قال والفرق انه فى الاول صارت المرأة معرفة بكاف الخطاب فلم تدخل تحت النكرة انتهى وذكر الحموى فرقا آخر فقال والفرق بينهما ان التعريف بالاشارة اقوى من الاضافة انتهى واعلم ان المراد من قوله ثم تزوجها أى تزوج التى خاطبها بالطلاق بدليل ما ذكره فى النهر من انها معرفة بكاف الخطاب فلا تدخل تحت النكرة ما لو كان التى تزوجها امرأة

وضرب الولد) حتى لو حلف لا يبيع ولا يشترى أو نحوهما فوكل من فعل ذلك لا يحنث لان الفعل وجد من العاقد حقيقة وحكما ولهذا رجعت الحقوق اليه حتى لو كان العاقد بالغا عاقلا يحنث فى يمينه الا ان ينوى ان لا يأمر به فحينئذ شدد الامر على نفسه بنيته أو يكون الحالف ممن لا يباشر هذه العقود بنفسه وان كان فحينئذ يحنث بالتفويض أخرى يعتبر الغالب يباشر تارة ويفوض أخرى (وما يحنث بهما) أى بالمباشرة والامر (النكاح والطلاق

اخرى مسماة باسم التى طلقها فانها تطلق فى الوجهين اعنى مالوقال باسمك أو بهذا الاسم بقى ان يقال
ان سبق الطلاق للمخاطبة ليس بأمر لازم فى صورة المسئلة حتى لو خاطب امرأة اجنبية لم يسبق لها التزوج
بها فضلا عن سبق الطلاق بقوله ان تزوجت امرأة باسمك أو بهذا الاسم فتزوجها لم يختلف الحكم فتدبر
(قوله والخلع) كما اذا حلف ان لا يخالع امرأته فوكل غيره به ففعل حنث حموى (قوله والكتابة) هذا
هو الصحيح وجعلها فى النظم كالبيع ولو اجاز كتابة الفضولى حنث كذا اطلقه غير واحد وقياس مامر ان
يقيد ذلك بما اذا كانت بالقول نهر (قوله عن دم عمد) او عن انكار كما مر قيد بالعمد لان الصلح عن
دم غير عمد يكون صلحا عن مال وتقدم انه لا يحنث فيه بفعل الوكيل والفرق ان الصلح عن دم العمد
فى المعنى عفو عن القصاص بأخذ المال ولا تجزئ النيابة فى العفو بخلاف الصلح عن المال حموى عن
البرجندى واعلم انه اذا وقع الصلح عن دم غير عمد لا بد وان يقع على احد مقادير الدية كما سيأتى فى محله
(قوله والهبة) فلو حلف لا يهب مطلقا أو معينا أو شخصا بعينه فوكل من وهب حنث صحيحة كانت الهبة
أو لا قبل الموهوب له أم لا قبض أو لم يقبض لانه لم يلزم نفسه الا بما يملكه ولا يملك اكثر من ذلك وفى المحيط
حلف لا يهب عبده هذا لفلان ثم وهبه له على عوض حنث لانه هبة صيغة ومعنى نهر واعلم ان المراد
بالتعيين فى كلامه ما يكون فى نفس الموهوب فلا تكرار بما بعده وهو قوله او شخصا بعينه (قوله
والصدقة) كالهبة فيما مر ولو حلف لا يقبل صدقة فوكل فى القبض ينبغى الحنث ولا حنث بالصدقة
فى يمين الهبة نهر (قوله والقرض) فلو حلف لا يقرض مطلقا أو معينا حنث بفعل وكيله قبل المستقرض
أو لم يقبل وكذا العطية والعارية وعن الثانى لا يحنث مالم يقبل وفى التتارخانية لا يكون قرضا بدون
القبول فى قول محمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف وفى اخرى ليس بشرط وهو الراجح ولهذا قال فى النهر
وقياس مامر من انه لم يلزم نفسه الا بما يملكه ترجيحه انتهى (قوله والاستقراض) وهو كالقرض
سواء اقرضه المستقرض منه أو لا وينبغى ان يجرى فيه الخلاف فى القبول كالقرض ولم أره نهر
فعزو عدم اشتراط القبول فى الاستقراض لصاحب النهر فى كلام بعضهم بطريق الجزم غير صحيح
(قوله وضرب العبد) وكذا الامة ولو عبر بالمملوك لكان اولى حموى ووجه الحنث بالامر فى ضرب العبد
ان المقصود راجع اليه بخلاف ضرب الولد والزوجة قيل نظير العبد وقيل نظير الولد قال فى البحر وينبغى
ترجيح الثانى لما مر فى الولد ورجح ابن وهبان الاول لان النفع عائد اليه لطاعتها له وقيل ان جنت فنظير
العبد والا فنظير الولد قال بديع الدين ولو فصل هذا فى الولد لكان حسنا نهر عن القنية واقره الحموى
وأقول فيه نظر ظاهر اذ ضرب الولد بدون الجناية لا يجوز لكونه حينئذ محض ظلم بخلاف ضرب الزوجة
لتصريحهم بان له ضربها على ترك الزينة مع ان ترك الزينة ليس من الجناية فى شئ فان قلت الولد يضرب
أيضا وان لم يجن الا ترى الى ما صرحوا به من انه يضرب على ترك الصلاة اذا بلغ عشرا قلت هذا انما يتم
ان لو كان المراد بالولد ما يعم الصغير وليس الكلام الا فى خصوص الكبير (قوله والبناء والخياطة)
وان لم يحسن ذلك در عن الخانية (قوله والايداع) سواء قيده بشخص أو اطلق نهر (قوله والاعارة)
قبل المستعير ام لا نهر (قوله والاستعارة) ان اخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة والا فلا حنث
در عن التتارخانية (قوله وقضاء الدين) الا اذا وكله بالقبض قبل اليمين نهر عن المنتقى وفى الخلاصة
اذا وكل الطالب وكيلا بالقبض قبل اليمين فقبض الوكيل الدين بعد اليمين لا يحنث حموى عن البرجندى
هـ اذكره قاضيخان بحثا من قوله وينبغى ان يحنث كما فى النكاح بخلاف المنقول (قوله والكسوة)
وليس منها التكفين الا اذا أراد الستر دون التمليك در عن السراجية وفى النهر عن الخلاصة حلف لا يكسو
فلانا فارسل اليه قلنسوة أو خفين أو نعلين حنث الا ان ينوى ان يعطيه انتهى ولا يخفى ان اسم الكسوة
عرفا لا ينطلق على ماذكر (قوله والحمل) فى غير الاجارة ولا فرق بينه وبين الاستخدام نهر بان حلف
لا يحمل على هذه الدابة فامر غيره بالحمل عليها ففعل حنث كما لو حمل بنفسه حموى (تكميل) من هذا النوع

والخلع والعتق) مطلقا سواء كان بمال أو بغيره (والكتابة والصلح عن دم عمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل) حتى لو حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق

المدم

الهدم والقطع والقتل والشركة كما في منظومة ابن وهبان وقدمنا ان منه ضرب الزوجات والولد الصغير في رأي قاضيخان ومنه تسليم الشفعة والاذن كما في الخانية والنفقة كما في الاسبيجابي والوقف والاضحية والحبس والتعزير بالنسبة الى القاضي والسلطان وينبغي ان يقال في الحج كذلك كذا في شرح المنظومة للشيخ عبد البر ومنه الوصية كما في الفتح وينبغي ان يكون منه الحوالة والكفالة كما لو حلف لا يحيل فلانا فوكل من يحيله أولا يقبل حوالته أولا يكفل عنه فوكل بقبول ذلك والقضاء والشهادة والاقرار وفي البحر ان منه التولية فلو حلف لا يولي شخصا ففوض الى من يفعل ذلك حنث وبهذا تمت المسائل أربعة وأربعين وقصارى ما أوصلها الطرسوسي الى أربعة وعشرين نهر ونظم السيد الحموي المسائل التي لا يحنث فيها بفعل الوكيل لانها الاقل مشيرا الى انه يحنث فيما عداها فقال

شراء وبيع قسمة واجارة * وضرب لفرع ثم صلحك بالمال
خصومة واستئجار مسك ختامها * وذا النظم زهر من فرائده لال

(قوله أو نحوها) حسيا كان أولا (قوله ففعل الوكيل حنث) حتى في الافعال الحسية عند الاطلاق (قوله وقال الشافعي لا يحنث الخ) لان الفعل وجد من المأمور حقيقة ومن الآمر حكما فوجد شرط الحنث من الآمر من وجه دون وجه فلا يحنث كما في القسم الاول ولنا ان غرض الحالف التوقي عن حكم العقد وحقوقه وهذه العقود تنتقل اليه بحقوقها فصارت مباشرة الوكيل كمباشرته في حق الاحكام والحقوق وصار الوكيل سفيرا ومعبرا ولهذا لا يستغنى عن اضافتها اليه ولو باشرها بغير اذنه لا ينفذ عليه زيلعي (قوله ونحوها) هو غير الحسية (قوله وفي ضرب العبد وذبح الشاة) أراد بهما الافعال الحسية شيخنا (قوله ديانة وقضاء) لان الضرب والذبح ونحوهما كالبناء والخياطة من الافعال الحسية لا توجد منه الا بمباشرته لها حقيقة فاذا لم يباشرها فقد نوى حقيقة كلامه وفي غيرها أي غير الحسية كالنكاح والطلاق روايتان اشهرهما انه لا يصدق الا ديانة لانها كما توجد بمباشرته توجد بامره فاذا نوى المباشرة فقط فقد نوى تخصيص العام وهو خلاف الظاهر فلا يقبل نهر عن كافي المصنف (قوله وانما قال ضرب العبد الخ) كذا ذكره العلامة ابن يونس في شرحه وتعقبه السيد الحموي بقوله كون ضرب الحر كضرب الولد يقتضي انه لا يحنث فيه بالامر وليس كذلك لان السلطان والقاضي لو حلف لا يضرب فلانا يعني الحر يحنث بالامر لكونه يملك الضرب فصح الامر فانتقل الفعل اليه كما في الولوالجية الخ (تنبيه) من حلف القول لا ادعه يدخل البلد يبر فيه بالمنع قولا اطاعه أو عصاه شرنبلالية قال ولنا فيه رسالة انتهى وحصلها انه اذا حلف على غيره ان لا يفعل كذا كما لو حلف عليه ان لا يدخل هذه الدار فان كانت الدار ملك الحالف فبره بالقول وبالفعل حتى لو نهاه عن الدخول فدخل يحنث الا اذا لم يقدر على منعه لظلمه أو كانت الدار في اجارته وان لم تكن ملكه فبره بالقول فقط حتى لو قال له لا تدخل ثم دخل لا يحنث انتهى ومنه يعلم جواب حادثة سئل عنها الفقير هي أن شخصا حلف بالحرام على اخته ان لا تتكلم قبل خروجه من الدار ثم انها تكلمت قبل خروجه فهل يقع عليه الطلاق ويكون بائنا وهل اذا طلقها ثلاثا بعده يلحقها ام لا فاجبت بانه حيث تكلمت قبل خروجه وقبل نهيه اياها عن الكلام فانه يقع الطلاق لانه حلف على ما لا يملك فبره بمجرد النهي فاذا وجد المحلوف عليه قبل البر فانه يحنث وتكون طلقة بائنة واذا طلقها ثلاثا وهي في العدة فانه يلحقها لان الطلاق الثلاث من قسم الصريح ذكره في الدر تفريعا على ما ذكره في الفتح من ان الصريح ما لا يحتاج الى نية وان كان الواقع به بائنا فتحصل ان ما اشتهر من ان الحلف على ما لا يملك لا ينعقد لا اصل له بل ينعقد ولكن اذا وجد المحلوف عليه بعد النهي عن الفعل لا يحنث وهذا اذا كانت اليمين على النفي فان كانت على الفعل اي فعل ما لا يملك يعني في وقت معين ومضى الوقت ولم يفعل فقياس ما سبق من انه يشترط لبره نهيه عن الفعل ان يقال هنا ان مضى الوقت ولم يفعل بعد أمره بالفعل لا يحنث أيضا (قوله ودخول اللام الخ) المراد بدخول اللام على الفعل تعلقه به ولو قال ولام

أو نحوها فوكل بذلك ففعل الوكيل حنث وقال الشافعي لا يحنث في النكاح والطلاق والعتق ولو قال الحالف في التزوج والطلاق والعتق ونحوها نويت ان لا الى ذلك بنفسي صدق ديانة لا قضاء وفي ضرب العبد وذبح الشاة لو عنى ان لا يباشر ذلك الا بنفسه صدق ديانة وقضاء وقيل ذكر القضاء في مسئلة الضرب رواية في الطلاق ويصدق قضاء في الفصلين وانما قال ضرب العبد لان ضرب الحر كضرب الولد ودخول اللام على البيع

تحق بفعل لـكان اظهر حموى عن البرجندى ونقل عن ايضاح الاصلاح مانصه وأراد بدخولها عليه قربها منه بالمجاورة لا تعلقها به لانه أمر معنوى لا يوقف عليه انتهى والمراد لام الاختصاص لالام التعريف كذا اشار اليه العينى (قوله أى على ما يملك بالعقد) اعلم ان الفعل على وجهين اما ان يحتمل النيابة كالبيع ونظائره أولا كاكل الطعام واشباهه ثم لا يخلو اما ان تدخل على الفعل أو على العين فان دخلت على ما يحتمل النيابة كان بعت لك ثوبا فانها تكون لملك الفعل وهو ان يفعله بأمره سواء كان العين ملكه أولا لان اللام جاورت الفعل واذا دخلت على العين كان بعت ثوبا لك تكون لملك العين سواء باعه بأمره أولا علم انه ثوبه أولا لان اللام جاورت العين فأوجبت ملك العين لا ملك الفعل واما فيما لا يحتمل النيابة فانها تكون لملك العين سواء قدمت اللام أو اخرت لان اللام دخل على ما يملك وهو العين وعلى ما لا يملك وهو الفعل فوجب صرفها الى ما يملك وهو العين وقد امكن بتأخير اللام عن العين واما فى الفعل الاول فكل واحد منهما يملك فكان كل واحد منهما محتملا فوجب الترجيح بالقرب والمجاورة حموى عن باكير وقوله فكان كل واحد منهما محتملا أى يحتمل كونها لملك الفعل أو لملك العين فرجح بالقرب (قوله كان بعت لك ثوبا الخ) التصريح بالمفعول ليس بشرط لما فى المحيط حلف لا يبيع لفلان فباع ماله أو مال غيره بامره حنث بحر وأنت خبير بان تمايز الاقسام اعنى تارة تدخل على الفعل أو على العين انما يظهر بالتصريح بالمفعول فلا جرم صرح به المصنف نهر (قوله لاختصاص الفعل) لان وضع اللام للاختصاص واقوى وجوهه الملك شرنبلالية عن البرهان (قوله أى على ما لا يملك بالعقد) ولا تجرى فيه النيابة عينى (قوله والضرب) كان ضربت لك غلاما أى ولدا وهذا هو الصواب فى تفسير الغلام الواقع فى كلامهم خلافا لما فى الجامع الصغير لقاضيخان من ان المراد به العبد لانه يحتمل النيابة والكلام فيما لا يحتملها نهر عن العناية (قوله والعين) أى ودخول اللام ايضا على العين والعين هى الذات المتشخصة من كل شئ حموى (قوله لاختصاصها به) انث ضمير العين فى قوله لاختصاصها لانه مؤنث سماعى وذكر الفعل وهو كان مع ان ضميره راجع الى العين نظرا الى اللفظ مفتاح وفيه نظر حموى (قوله بان كان) بيان للاختصاص حموى (قوله يحنث وان كان بلا أمره) لوجود البيع منه حقيقة ولهذا ترجع الحقوق اليه حموى (قوله أى لو نوى بقوله بعت لك ثوبا بعت ثوبا لك) بان باع ثوبا مملوكا للمخاطب بغير أمره ونوى بالاختصاص الملك ولولا نيته لما حنث شيخنا (قوله أو بقوله بعت ثوبا الخ) بان باع ثوبا لغير المخاطب بأمره ونوى به الامر فيحنث فى المسئلتين لانه نوى ما يحتمله لفظه بالتقديم والتاخير وليس فيه تخفيف فيصدقه القاضى أيضا (قوله لا فيما فيه تخفيف) كعكس هاتين المسئلتين فانه يصدق ديانة لانه محتمل كلامه ولا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر وهو متهم وقدمنا ان الفرق بين الديانة والقضاء لا يأتى فى اليمين بالله تعالى لان الكفارة لا مطالب لها بحر (قوله لان تأخير اللام عن العين شرط هنا) أى فى جعل اللام لاختصاص العين بالمحلوف عليه حتى لو قدمت كانت لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه لان البيع لا يملك الا بالعقد (قوله بخلاف سائر الصور) هى الدخول والضرب والاكل والشرب واللبس فان اللام فيها لاختصاص العين بالمحلوف عليه اخرت اللام أو قدمت لانها من الافعال التى لا تملك بالعقد (قوله فعقد بالخيار) أى لنفسه ولو بالخيار لغيره لا وان أجيز بعد ذلك فى الاصح قيد بالخيار لانه لو قال ان بعته فهو حر فباعه بيعا صحيحا بلا خيار لا يعتق لزوال ملكه وتنحل اليمين لتحقق الشرط تنوير وشرحه عن الزيلعى والذى فى الزيلعى وينبغى ان تنحل اليمين لوجود الشرط وافاد فى النهر اختلافا فى الانحلال وعدمه (قوله حنث) لوجود الشرط وهو البيع والشراء مع قيام الملك عنده اذ المبيع لا يخرج عن ملك البائع باشتراط الخيار له اتفاقا وخيار المشترى وان منع من دخوله فى ملك المشترى عند الامام لكن العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق بعد الشراء بالخيار انفسخ الخيار ووقع العتق فكذا اذا علق نهر بخلاف ما اذا علقه بالملك بان قال ان ملكتك

أى على ما يملك بالعقد كالبيع والشراء والاجارة والصياغة والخياطة والبناء كان بعت لك ثوبا أو اشتريت لك عبدا أو نحو ذلك (لاختصاص الفعل) بالمحلوف عليه بان كان الفعل (بأمره) أى بأمر المحلوف عليه سواء (كان) العين (ملكه أولا) حتى لو دس المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم الحالف لم يحنث لان تقدير الكلام ان بعت ثوبا بامرك ووكالتك ولم يوجد (و) دخول اللام (على الدخول) أى على ما لا يملك بالعقد كالدخول بان قال ان دخلت لك دارا (والضرب والاكل والشرب واللبس والعين) كان بعت ثوبا لك (لاختصاصها به) اى لاختصاص العين بالمحلوف عليه (بان كان ملكه) سواء كان (بامره أولا) علم بذلك أولا حتى لو باع ثوبا هو ملك المحلوف عليه يحنث وان كان بلا أمره (وان نوى غيره صدق فيما عليه) لانه أى لو نوى بقوله بعت لك ثوبا بعت ثوبا لك أو بقوله بعت ثوبا لك بعت لك ثوبا صدق ديانة فيهما وقضاء فيما فيه تغليظ لا فيما فيه تخفيف وانما ذكر صورة دخول اللام على العين دون غيرها لان تاخير اللام عن العين شرط هنا بخلاف سائر الصور لانه لا فرق بين تقديمها على العين وتأخيرها عنها فلا حاجة الى المثال لو قال (ان بعته أو ابتعته) أى اشتريته (فهو حر فعقد بالخيار حنث) أى عتق عند البيع بخيار الشرط أو الشراء به قبلما بخيار الشرط

فانت حر حيث لا يعتق به عنده لان الشرط وهو الملك لم يوجد لان خيار المشتري يمنع الدخول على قوله زيلعي (قوله لان خيار العيب والرؤية لا يمنع الخ) حتى لو قال ان بعته فهو حر فباعه صحيحا بلا شرط لم يحنث وان كان معيبا أو غير مرئي للمشتري لانه انما حنث في البيـ.. شرط الخيار لنفسه لوجود الشرط مع قيام الملك لان شرط الخيار للبائع مانع من زواله عن ملكه بخلاف خيـ.ـار العيب والرؤية فانهما لا يمنعان من زواله (قوله وكذا بالفاسد) وفي المحيط عن أبي يوسف لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا شراء فاسدا ثم تتاركا البيع ثم اشتراه شراء صحيحا لا يعتق لانه حنث بالشراء الفاسد لانه شراء حقيقة فانحلت اليمين به وارتفعت وهذا دليل على انه لو اشتراه شراء فاسدا والعبد في يد البائع تنحل اليمين لا الى جزاء لعدم الملك قبل القبض ثم بالقبض لا يعتق لانه ليس بشراء زيلعي (قوله خلافا لما روى عن أبي يوسف) عبارة الزيلعي وعن أبي يوسف انه لا يحنث بالفاسد ولا بما فيه خيار لاحدهما اصلا لان الفاسد ناقص ذاتا لا يفيد الملك الحال ولا بعد القبض على الكمال لانه لا يفيد الحل فكان الشرط معدوما من وجه وشرط الخيار يمنع تعلق الاستحقاق بالعقد فصار كالايجاب بلا قبول وجه الظاهر انه كامل ذاتا لوجود الاهلية والركن والمحل وتخلف الحكم من الملك والحل لا يضر (قوله وهذا الخ) تقييد للاطلاق في قول المصنف وكذا بالفاسد أي انما يحنث بالبيع أو الشراء فاسدا في حلفه على البيع او الشراء اذا كان في يد البائع أو في يد المشتري بامانة أو رهن لانه لم يزل ملكه عنه (قوله مضمونا) فان كان في يد البائع او المشتري امانة أو مضمونا بغيره كالرهن لا يعتق لانه لا يصير قابضا عقب العقد نهر (قوله لا يعتق) لانه كما يتم البيع يزول عن ملك البائع كالبيع الصحيح البات وينبغي ان تنحل اليمين لما قلنا في الصحيح زيلعي (قوله وان كان في يد المشتري الخ) هذا أيضا تقييد للاطلاق السابق أي انما يحنث بالشراء فاسدا في حلفه على الشراء اذا كان في يد المشتري مضمونا فلو لم يكن في يده بان كان في يد البائع أو كان في يده غير مضمون كما لو كان في يده امانة أو مضمونا بغيره كالرهن لم يحنث قيد بالبيع والشراء لانه في حلفه لا يتزوج امرأة أو هذه المرأة فهو على الصحيح دون الفاسد في الصحيح وكذا لو حلف لا يصلي او لا يصوم او لا يحج لان المقصود منها الثواب ومن النكاح الحل بخلاف البيع لان المقصود منه الملك وانه يثبت بالفاسد والهبة والاجارة كالبيع تنوير وشرحه (قوله أي حنث بالبيع الخ) صورة البيع الموقوف اذا كان البائع هو الحالف ان يقول ان بعت عبد فلان فعبدي حر فباع عبد فلان بغير اجازته عتق عبد الحالف لوجود الشرط شيخنا عن الحلبي (قوله واما بيع عبد نفسه موقوفا فلا يتصور) سيأتي في المتن في باب التصرف في الرهن ما نصه ويوقف بيع الراهن على اجازة مرتهنه أو قضاء دينه انتهى وعلى تسليم عدم تصوره أي ضرورة في حمله على بيع عبد نفسه ولم لا يصور بما قاله الزيلعي لو حلف ان لا يبيع فباع ملك الغير بغير اذن صاحبه حموي في الحاشية ثم رأيت الجواب عن الشارح بخط الحموي بهامش مسودة شرحه حيث ذكر ان المراد من عدم تصور بيعه عبد نفسه موقوفا أي على اجازة نفسه أي اجازة البائع وحينئذ لا يرد ما قاله الشيخ احمد بن يونس من انه ينتقض ما قاله الشارح ببيع الراهن العبد المرهون والمؤجر العبد المستأجر انتهى واما بيعه عبد نفسه موقوفا على اجازة غيره فصوره كثيرة من جملتها ما في البحر والنهر من تصويره ببيعه عبد نفسه لغائب قبل عنه فضولي الخ (فرع) قال لامته ان بعت منك شيئا فانت حرة فباع نصفها من الزوج الذي ولدت منه أو من ابيها لا تعتق ولو من اجنبي عتقت والفرق ان الولادة من الزوج والنسب من الاب مقدم فيقع ما تقدم سببه وهذا المعنى لا يمكن اعتباره في حق الاجنبي وكذا لو قال ان اشتريت من هذه الجارية شيئا فهي مدبرة ثم اشتراها هو وزوجها الذي ولدت منه فهي أم ولد لزوجها ولا يقع عليها تدبير المشتري الامر نهر عن الظهيرية قبيل قول المصنف وكذا بالفاسد (قوله بأن باعه بالميتة أو اشتراه بها) لانه ليس ببيع حقيقة ولا حكما حتى لا يفيد شيئا من أحكام البيع ولو اتصل به القبض حتى لو قال ان بعت عبدي فهو حر فباعه بميتة وهو حر لا يحنث بخلاف ما اذا باعه بخمر لانه فاسد والاول باطل زيلعي ثم الضابط

لان خيار العيب والرؤية لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع (وكذا بالفاسد) أي يحنث لو باع بيعا فاسدا والمسألة بحالها خلافا لما روى عن أبي يوسف في النوادر وهذا اذا كان العبد في يد البائع وان كان في يد المشتري مضمونا عليه لا يعتق وان كان اشتراه شراء فاسدا ينظر ان كان العبد في يد البائع لا يعتق وان كان في يد المشتري يعتق (و) كذا الشراء (الموقوف) أي حنث بالبيع والشراء الموقوفين بان اشتراه من فضولي وهو عالم به واما بيع عبد نفسه موقوفا فلا يتصور (لا الباطل) بان باعه بالميتة أو اشتراه بها ولو قال (ان لم أبع) أي لو قال ان لم أبع هذا العبد (فكذا) أي امرأتي طالق مثلا (فاعتق) العبد

في تمييز الفاسد من الباطل ان أحد العوضين اذا لم يكن مالا في دين سماوي فالبيع باطل سواء كان مبيعا أو ثمنا فبيع الميتة والدم والحر باطل وكذا البيع به وان كان في بعض الاديان مالا دون البعض ان أمكن اعتباره ثمنا فالبيع فاسد فبيع العبد بالخمر أو الخمر بالعبد فاسد وان تعين كونه مبيعا فالبيع باطل فبيع الخمر بالدراهم أو الدراهم بالخمر باطل كذا ذكره الشارح في باب البيع الفاسد وقوله فبيع الميتة الخ أي التي ماتت حتف أنفها شيخنا (قوله أو دبر) وكذا لو كانت أمة فاستولدها لتحقق العجز عن البيع بفوات محله ولا يقال لم يقع اليأس لجواز ان ترتد وتلحق بدار الحرب ثم تسبى وتسترق ان كان المحلوف عليه انثى لانا نقول الحالف عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وذلك لا يمكن بعد هذه التصرفات وقضاء القاضي ببيع المدبر موهوم والاحكام لا تبنى على الموهومات فتحقق اليأس عن البيع نظرا الى الاصل زيلعي والمراد من قوله أو دبر هو التدبير المطلق لانه هو الذي يمتنع به البيع ومن المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال فان قلت ما وجه تقييد الزيلعي بقوله ان كان المحلوف عليه انثى مع انه لا فرق بين المدبر وأم الولد في عدم اليأس من البيع بعد التدبير والاستيلاد اذا ارتدا ولحقا بدار الحرب ثم سبيا واسترقا قلت تقييده بذلك لا للاحتراز عن المدبر بل للاشارة الى ان عدم اليأس من البيع بعد الاستيلاد لا يتحقق بمجرد قضاء القاضي ببيع أم الولد بناء على ما هو الصحيح من انه اذا قضى قاض بجواز بيعها لم ينفذ بخلاف المدبر اذا قضى بجواز بيعه فانه ينفذ على الصحيح فالفرق بينهما من هذا الوجه والى هذا الفرق وقعت الاشارة بقوله ان كان المحلوف عليه انثى ولهذا ذكر في جانب المدبر قضاء القاضي بالبيع ولم يذكر ذلك في جانب أم الولد بل ذكر في جانبها الردة واللحاق بدار الحرب للفرق الذي ذكرناه والا فالمدبر كأم الولد اذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم سبي واسترق فانه يجوز بيعه كأم الولد اذا استرقت بعد الردة (قوله طلقت المحلفة) بكسر اللام في ظاهر الرواية ولم يحك خلافا في الجامع الصغير والمذكور في شروحه انها لا تطلق قال السرخسي وهو الاصح عندي وفي نكاح الجامع لقاضيخان وبه أخذ مشايخنا لان الكلام خرج جوابا فينطبق على السؤال فكأنه قال كل امرأة لي غيرك دلالة وفي الذخيرة الاولى ان يحكم الحال ان جرى بينهما خصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها والا لا ثم فرق بين هذا وبين قوله الثلاث امرأة غير هذه المرأة فقال كل امرأة لي طالق لا تطلق هذه المرأة بأن قوله غير هذه المرأة لا يحتمل هذه المرأة فلم تدخل واسم المرأة يشملها فدخلت نهر (تكميل) النكرة تدخل تحت النكرة والمعرفة لا تدخل تحت النكرة فلو قال ان دخل هذه الدار أحد فكذا والدار له أو لغيره فدخلها الحالف حنث لتنكيره ولو قال داري أو دارك لا حنث بالحالف لتعريفه كذا في الدر وفي عدم الحنث بالحالف بالنسبة لقوله أو دارك نظر ثم ظهر ان مجموع قوله داري أو دارك عين واحدة وفي الاشباه المعرفة لا تدخل تحت النكرة الا المعرفة في الجزاء فتدخل في النكرة التي هي في موضع الشرط كان دخل داري هذه أحد فأنت طالق فدخلت هي طلقت ولو دخلها هو لم يحنث لان المعرفة لا تدخل تحت النكرة تنوير وشرحه (تتمة) ان لم تضعي هذا في هذا الصحن فأنت كذا فكسرته وقع الطلاق * ان لم تذهبي فتأتي بهذا الحمام فأنت كذا فطار الحمام وقع الطلاق وانما حنث لبطلان اليمين باستحالة البر كما اذا كان في الكوز ماء فصب على ما مر وكان هذا في الحمام عين الفور والا فعود الحمام بعد الطيران ممكن عقلا وعادة نهر والظاهر ان الفورية معتبرة أيضا في الفرع الاول اذ الوضع في الصحن ممكن بعد تعميره (قوله يتناول المخاطبة) تفريع على ما مشى عليه المصنف (قوله وعن أبي يوسف ان المخاطبة لا تدخل) وفي الظهيرية وأفتى الامام علي البزدوي برواية أبي يوسف للعرف الظاهر برجندي وفي المفتاح قال الحلواني قول أبي يوسف أصح حموي وأشار البرجندي بقوله للعرف الظاهر الى ما ذكره ابن كمال باشا حيث وجه رواية أبي يوسف بأنه انما قال هذا الكلام لارضائها فيكون المراد غيرها لا هي ومنه يعلم ما في عبارة الدر من الخلل حيث جعل ذلك وجها لقوله وصح نية غيرها (قوله ولو نوى غيرها) أي غير المحلفة (قوله ديانة لا قضاء)

أو دبر حنث) أو (قالت) المرأة لزوجها (تزوجت علي) فلانة (فقال كل امرأة لي طالق طلقت المحلفة) وكذا لو قالت تريدان تتزوج علي فقال كل امرأة لي طالق فهي طالق يتناول المخاطبة حتى تطلق في الحال في المسئلة الاولى وفي الثانية اذا تزوجها بعد الابانة وعن أبي يوسف ان المخاطبة لا تدخل ولو نوى غيرها صدق ديانة لا قضاء ولو قال (علي الشي

لانه

لانه تخصيص العام مبني على ماسبق من تناول الحلفة (قوله الى بيت الله) ولو أراد بيت الله بعض المساجد لم يلزمه شئ نهر (قوله لزمه حج أو عمرة) لانه تعورف بذلك ايجاب أحد النسكين فصار كقوله على حج أو عمرة نهر (قوله ماشيا) من بيته على الراجح لا من حيث يحرم من الميقات وهذا اذا لم يحرم من بيته فان أحرم منه لزمه المشي منه اتفاقا وان كان الناذر بمكة وأراد ان يجعل الذى لزمه حجا فانه يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى ان يطوف طواف الزيارة كغيره وان أراد اسقاطه أى اسقاط النذر بعمرة فعليه ان يخرج للحل ويحرم منه وهل يلزمه المشي فى ذهابه خلاف والوجه انه يلزمه اذ الحاج يلزمه المشي من بلدته مع انه ليس محرما بل ذاهب الى محل الاحرام ليحرم منه فكذا هذا نهر (قوله ولا يلزمه شئ قياسا) يشير به الى ان ما فى المتن استحسان حموى وجه الاستحسان ماسبق انه تعورف به أحد النسكين الخ ووجه القياس انه التزام لما ليس بقربة مقصودة (قوله كذا فى الحواشى الخ) أى الحواشى الخبازية نقلا عن شرح السيد للهداية شيخنا (قوله ثم لا فرق بين ان يكون الناذر الخ) لان هذا اللفظ صار كناية عن التزام الاحرام والالتزام لا يختلف باختلاف الاماكن وكذا اذا قال على المشي الى مكة يلزمه الاحرام بأحدهما للعرف زيلعى (قوله بخلاف ما اذا قال على الخروج الخ) لان التزام الحج أو العمرة بهذه العبارات غير متعارف زيلعى (فرع) أضاف النذر الى سائر المعاصى بأن قال لله على ان أقتل فلانا كان يمينا وتلزمه الكفارة بالحنث ثم انما يكون يمينا بالنية اما عند عدمها فهو نذر لا غير لا يلزمه به شئ لان النذر ايجاب على نفسه بما شرعه الله على العباد ولم يشرع المعاصى فلا يصح حموى عن شرح ابن الحلبى (قوله أو الى المسجد الحرام) أو باب الكعبة أو ميزابها در (قوله فانه لا يلزمه شئ) لعدم التعارف كما سبق والسفر والشد والهرولة والسعي كالخروج والذهاب بحر ونهر (قوله وعندهما الخ) والوجه ان يحمل على انه تعورف بعد الامام ايجاب النسك بهما فقالا به فيرتفع الخلاف نهر عن الفتح (قوله وقال محمد يعتق) لانها شهادة على أمر معلوم هو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط وهو عدم الحج ولهما ان هذه شهادة قامت على النفى فلا تقبل كما لو شهد انه لم يحج لان الشهادة بالتضحية باطلة اذ لا مطالب لها وهى لا تدخل تحت الحكم أيضا فبقى النفى مقصودا والشهادة على النفى مقصودا باطلة وان أحاط به علم الشاهد تيسيرا فان قيل الشهادة على النفى فى الشروط مقبولة كما اذا قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فأقام البينة انه لم يدخل تقبل ذكره فى المبسوط قلت هو أمر معاين وهو كونه خارج الدار زيلعى وتعقبه فى فتح القدير بأنه يرد عليه ان العبد كما لا حق له فى التضحية اذ لم تكن شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له فى الخروج لانه لم يجعل الشرط فعدم الدخول كعدم الحج فى مسئلتنا فقول محمد أوجه بحر (قوله بصوم ساعة) لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد لان الشارع فى الفعل يسمى فاعلا ثم بالافطار بعد ذلك لا يرتفع الحنث ولان الامساك المستمر تكرار وتكرار الفعل المحلوف عليه ليس بشرط للحنث زيلعى وذكر التمرتاشى انه لو حلف لا يصوم فهو على الجائز لانه لتعظيم الله تعالى وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين على الماضى وهو مخالف لما فى الكتاب الا ان ما فى الكتاب أصح لانه نص محمد فى الجامع الصغير وأورد ان الصوم الشرعى هو اليوم وحمل اللفظ على الشرعى أولى من حمله على اللغوى وأجاب صدر الشريعة بأنه قد أطلق على ما دون اليوم يعنى اطلاقا شرعيا فى أتموا الصيام الى الليل نهر (قوله فى محله) أراد به النهار حموى (قوله أى حنث بصوم يوم) لانه ذكر الصوم مطلقا بذكر المصدر فينصرف الى الكامل وهو المعتبر وقوله يوما تصريح فى تقديره باليوم فلا يحنث فيهما الا بصوم يوم كامل زيلعى (قوله بركعة تامة) والقياس ان يحنث بالاستفتاح أى بالشروع فى الصلاة اعتبارا بالشروع فى الصوم وجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا تسمى صلاة بخلاف الصوم لان ركنه واحد وهو الامساك ويشكل عليه ما ذكره التمرتاشى حلف لا يصلى يقع على الجائزة فلا يحنث بالفاسدة الا ان يكون المراد بالفاسدة ان تكون بغير طهارة

الى بيت الله أو الى الكعبة حج أو عمرة (ماشيا فان ركب) أى لزمه حج أو عمرة (ماشيا) ولا ركب) فى كل الاوقات (اراق دما) فى بعضها يلزمه شئ قياسا اما الركوب فى قيمة الشاة كذا فيتصدق بقدر ذلك من الشرح ثم لا فرق بين فى الحواشى نقلا عن الشرح النادر فى الكعبة أو خارجا ان يكون النادر فى الكعبة أو خارجا عنها (بخلاف) ما اذا قال على (الخروج أو الذهاب الى بيت الله) سبحانه (أو المشى الى الحرم أو الصفا على أو الى المسجد الحرام فانه والمروة) أو الى المسجد الحرام وعندهما لا يلزمه شئ عند أبى حنيفة وعندهما فى قوله على المشى الى الحرم أو الى المسجد الحرام يلزمه حج أو عمرة لو قال (عبدى حر ان لم أحج العام فشهدا بنحره بالكوفة) العام وهو يقول حججت (لم يعتق) عبده وقال محمد يعتق عبده (و) حنث فى (لا يصوم) أى لو حلف لا يصوم حنث (بصوم ساعة) فى محله ان كان (بنية و) حنث (فى) حلفه لا يصوم (صوما أو يوما بيوم) أى حنث بصوم يوم (و) حنث (فى) حلفه (لا يصلى بركعة) تامة

ولوحلف لا يحج فهو على الصحيح دون الفاسد ولا يحنث حتى يقف بعرفة رواه ابن سماعة عن محمد وروى بشر عن أبي يوسف انه لا يحنث حتى يطوف أكثر طواف الزيارة ولوحلف لا يعتمر لا يحنث حتى يحرم بالعمرة و يطوف أربعة أشواط كذا في المجرد وفي الذخيرة قال لعبده ان صليت ركعة فأنت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالاولى لانه في الاولى ما صلى ركعة لانها بتيراء بخلاف الثانية نهر وقوله عتق بالاولى أي بالركعة الاولى وقوله لانه في الاولى الخ تعليل لعدم عتقه في المسئلة الاولى وهي ما اذا صلى ركعة ثم تكلم ولوحلف ليصومن هذا اليوم وكان بعد أكله أو بعد الزوال صحت اليمين وحنث للحال لان اليمين لا تعتمد الصحة بل التصور كتصوره في الناسي وهو كما لو قال لامرأته ان لم تصلي اليوم فأنت كذا فحاضت من ساعتها أو بعد ما صلت ركعة فان اليمين تصح وتطلق في الحال لان درور الدم لا يمنع كما في الاستحاضة بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم فلا يتصور بوجه تنوير وشرحه وفيه كلام يعلم بمراجعة النهر (قوله اذا قيد الركعة بالسجدة) مقتضاه انه يحنث بنفس السجدة وهو قول البعض وقال بعضهم يحنث برفع الرأس منها ومنشأ الخلاف ان محمدا لم يذكر متى يحنث زيلعي (قوله بشفع) وهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا والاظهر انه ان عقد يمينه على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلي صلاة لا يحنث قبل القعدة وان عقدها على الفرض وهو من ذوات المثنى فكذلك لا يحنث حتى يقعد وان كان من ذوات الاربع يحنث ولوحلف لا يصلي الظهر لا يحنث حتى يتشهد بعد الاربع بحر عن الظهيرية وهو مخالف لما في النهر عن الفتح حيث قال وفي الفتح الاظهر انه ان عقد يمينه على مجرد الفعل كلا يصلي صلاة يحنث قبل القعدة وان عقدها على الفرض كصلاة الصبح وركعتي الفجر ينبغي ان لا يحنث حتى يقعد انتهى فان قلت يحتمل ان تكون لا من قوله في البحر لا يحنث قبل القعدة زائدة من الناسخ والصواب حذفها وعليه فلا تخالف قلت يأبى ذلك قوله وان عقدها على الفرض وهو من ذوات المثنى فكذلك لا يحنث حتى يقعد ثم اني رأيت السيد الحموي بعد ان نقل ما نقله في النهر عن الفتح استشكله بما قدمناه عن الظهيرية ولم يجب ثم ظهر لي ان لا سقطت من عبارة النهر وصواب العبارة ان يقال لا يحنث قبل القعدة بدليل قوله في البحر فكذلك لا يحنث حتى يقعد وعليه فلا اشكال بقي ان ما سبق عن البحر من قوله وان كان من ذوات الاربع الخ أي ان كان الفرض من ذوات الاربع يحنث ولو قبل القعدة كما يفهم من سياق كلامه فيشكل بما بعده من قوله ولوحلف لا يصلي الظهر الخ فليحرر ثم ظهر ان المراد من قوله وان عقدها أي عقد يمينه على الفرض انه نوى بحلفه لا يصلي صلاة خصوص الفرض أو صرح به في يمينه بأن قال لا أصلي صلاة مفروضة فلهذا يحنث اذا صلى من ذوات الاربع ولو قبل القعود بخلاف ما لو حلف لا يصلي الظهر فوضح الفرق (قوله من غزلك) أي مغزولك بحر (قوله فغزلته) قيد به لانها لو غزلته قبل الحلف والغزل موجود قبل الحلف في ملكه فنسج ولبس فهو هدى اتفاقا حموي عن المفتاح (قوله ونسج ثوب) كذا في النسخ برفع ثوب ولا يخفى ان الصواب نصبه (قوله فهو هدى) قيده بعضهم بما اذا كان كله من غزلها وعزاه الى البحر وهذا القيد لم أجده في البحر بل وجدت فيه ما يقتضي لزوم كونه هديا وان لم يكن الكل من غزلها ونصه حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل أخرى لا يحنث ولوحلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها حنث فكان الحاصل انه ان ذكر المفعول وهو الثوب لم يحنث الا بلبس ثوب كله من غزلها وان لم يذكره حنث مطلقا وان كان بعضه من غزل غيرها وما نحن فيه من هذا القبيل لعدم ذكر الثوب في كلامه (قوله وعندهما ليس بهدى) لان النذر انما يصح في الملك أو مضافا الى سببه كان اشتريت كذا فهو هدى ولم يوجد وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد بالالفاظ فالتعليق بغزلها سبب ملكه للثوب كأنه قال ان لبست ثوبا أملكه بسبب غزلك قطنه فهو هدى وحينئذ فلا فرق بين ان يملك القطن بعد ذلك أو في حال الحلف قال في الفتح والواجب في ديارنا ان يفتي بقولهما لان

وتمامها اذا قيد الركعة بالسجدة وعند أبي يوسف انما يحنث باتمام الشفع والقعود قدر التشهد (و) حنث (في) قوله لا يصلي (صلاة بشفع) لو قال (ان لبست من غزلك فهو هدى فملك) القائل (قطنا) بعده (فغزلته ونسج ثوب) (ولبس فهو هدى) عند أبي حنيفة وعندهما ليس بهدى وانما قال فملك فغزلته

المرأة لاتغزل الامن كان نفسها أوقطنها أقول وفى الديار الرومية يجب الافتاء بقول الامام لان المرأة انما تغزل من كتان أوقطن هوملك لزوجها نهر قال العلامة نوح أفندى وأنت خبير بأن الحصر الواقع فى هذين الكلامين فى حيز المنع لان المفهوم من الكلام السابق ان جميع نساء ديار مصر لا يغزلن الامن كتانهن أوقطنهن وليس الامر كذلك فان بعض نسائها يغزلن من كتان أوقطن هوملك لازواجهن لاسيما نساء الاروام وان المفهوم من الكلام اللاحق ان جميع نساء الديار الرومية لا يغزلن الامن كتان الزوج أوقطنه وليس الامر كذلك فان بعض نسائها يغزلن من كتانهن أوقطنهن لاسيما نساء الجنود الذين يغيبون عن نسائهم سنين فالاولى ان يعتبر الغالب فان كان الغالب فى البلدة التى وقع الحلف فيها ان تغزل المرأة من كتان الزوج أوقطنه فالواجب ان يفتى بقول الامام وان كان الغالب فيها ان تغزل المرأة من كتانها أوقطنها فالواجب ان يفتى بقولهما انتهى (قوله لانهما اذا كانا فى ملكه) أى القطن والغزل والصواب الافراد كما هو ظاهر حموى قال فى البحر وأفاد بقوله خلافا انه لو كان القطن مملوكا له وقت الحلف فغزلته فلبسه فانه هدى بالاولى وهو متفق عليه انتهى (قوله ومعنى الهدى التصدق به الخ) وفى الفتح معنى الهدى هنا ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها فان كان شاة أو بدنة فلا يخرج عن العهدة الا بذبحه فى الحرم والتصدق به هناك فلا يجزئه اهداء قيمته وقيل فى اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح فليس عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصدق فى مكة بعينه أوقيمته ولونذر اهداء مالم ينقل كاهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها انتهى فالحاصل ان فى مسئلة الكتاب لا يخرج عن العهدة الا بالتصدق بمكة مع انهم قالوا لو التزم التصدق على فقراء مكة بمكة الغنا تعيينه الدرهم والمكان والفقير فعلى هذا يفرق بين الالتزام بصيغة الهدى وبينه بصيغة النذر بحر ووجه الفرق ان مدلول الهدى خاص بما يكون بمكة والصدقة لاتختص بها شرنبلالية واعلم ان يفرق بالراء المخففة فى المعانى وبشدد فى الاجسام ذكره القرافى فى فروقه وتعقب بان ذلك اغلبى لا كلى بدليل قوله تعالى وإذ فرقنا بكم البحر شيخنا (قوله ولبس خاتم) بفتح التاء وكسرها حموى (قوله أوعقد لؤلؤ) العقد بكسر العين (قوله لبس حلى) يجوز ان يقرأ بصيغة الافراد بفتح الحاء وسكون اللام وعليه اقتصر الاكمل وبصيغة الجمع بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء (قوله ويلبس لؤلؤ عندهما) لان اللؤلؤ الخالص يدخل تحت اسم الحلى قال تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وانما يستخرج من البحر اللؤلؤ الخالص وقال تعالى يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا ولابى حنيفة ان العادة لم تجر بالتحلى به الا مرصعا بذهب أوفضة والعادة هى المعتبرة فى الايمان وفى الكافى قولهما أقرب الى عرف ديارنا فيفتى بقولهما لان التحلى به على الانفراد معتاد زيلعى (قوله لا خاتم فضة) لانه ليس بحلى كامل لان الحلى يستعمل للتزين فقط وهذا يستعمل له ولغيره ولهذا حل للرجال ولو كان حليا من كل وجه لما حل وذكر فى النهاية ان خاتم الفضة اذا صيغ على هيئة خاتم النساء بان كان ذافص يحنث وهو الصحيح زيلعى ورجح فى الفتح عدم الحنث قيد بخاتم الفضة لان الخلخال والدملج والسوار حلى بحر وكذا القلادة والقرط ولو كان خاتم الفضة مموها بذهب قال فى الدر ينبغى حنثه (قوله على بساط أوحصير) أراد بذلك كل حائل منفصل عنه ولو من خشب أوجلد ولم أرما لو جلس على حشيش وينبغى انه لو كان كثيرا لا يحنث نهر وفيه تأمل فان الحشيش تبع للارض بدليل انه يطهر بالجفاف اذا تنجس كما هى والظاهر انه ينظر الى العرف فان كان يعد جالسا على الارض يحنث وان كان لا يعد جالسا على الارض بل على الحشيش لا يحنث حموى (قوله لا يحنث فى جميع الصور) الاولى لوجود حائل بينه وبين الارض ليس بتابع للحالف فلا يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا كان الحائل ثيابه لانه تبع له فلا يصير حائلا ولو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية الثانية حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشا آخر فنام عليه فانه لا يحنث لانه مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة الى الاسفل قيد بكون الفراش مشارا اليه لانه لو نكره فحلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش على

لانهما اذا كانا فى ملكه يوم حلفه فهو هدى بالاجماع ومعنى الهدى التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها (ولبس حلى) حتى لو حلف (لا يلبس حليا يحنث بلبس خاتم ذهب أوعقد لؤلؤ) غير مرصع (ويلبس لؤلؤ عندهما خلافا لابى حنيفة) وانما قيدنا بغير مرصع لانه اذا كان مرصعا يحنث اتفاقا والتقييد باللؤلؤ اتفاقى أو اكثرى لان عقد الزمرد والزبرجد غير مرصع على هذا الخلاف (لا) لبس (خاتم فضة) لو حلف (لا يجلس على الارض فجلس على بساط أوحصير أو) حلف (لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشا آخر فنام عليه) أى على الفوقانى (أو) حلف لا يجلس على سرير فجعل فوقه سريرا آخر (لا يحنث) فى جميع الصور

الفراش الثالثة حلف لا يجلس على سرير فجعل فوقه سريرا آخر هكذا ذكر المصنف وهو مشكل لان هذا الحكم انما هو فيما اذا كان السرير المحلوف عليه معينا كما اذا حلف لا يجلس على هذا السرير بحر تبعا للزيلعي ولم يجب و يمكن حمل السرير في كلامه على المعرف كما وقع ذلك للقدوري فحمله في الجوهرة على المعرف كما في الدر أو يقال عدم الحنث بالنسبة للاسفل لانه لم ينم عليه وهذا لا فرق فيه بين المنكر والمعين وأما حنثه في المنكر بالاعلى فبحث آخر نهر (قوله وذكر في المختلف الخ) أشار به الى ان ماذكره المصنف مخالف لما في المختلف واشار بقوله قيل المذكور في المتن قول محمد الى وجه التوفيق لانه اذا حمل ماذكره المصنف من عدم الحنث على انه قول محمد لا يخالفه ما في المختلف من انه عند أبي يوسف يحنث (قوله قال أبو يوسف يحنث) حكاه في النهر بقيل ثم قال الا ان المذكور في المحيط عن أبي يوسف في النوادر انه لا يحنث لانهما مقصودان بالنوم عليهما زيادة الا بانتهى (قوله قيل المذكور في المتن قول محمد) نقل شيخنا عن السراج ان قول محمد هو الصحيح ونقل السيد الحموي عن ابن الملك ان قول محمد هو المختار (قوله قرام) هو الملاءة در وهو بكسر القاف نهر (قوله حنث) لانه يعد نائما وجالسا عليهما عرفا بخلاف مالو حلف لا ينام على ألواح هذا السرير او ألواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراش فانه لا يحنث لانه لم ينم على الالواح ولو حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها بنعل او خف او مشى على الحجارة حنث وان مشى على بساط لا يحنث (فرع) ان نمت على ثوبك او فراشك فكذا اعتبرا كثر بدنه (تكميل) ان كان الله يعذب المشركين فامرأته طالق قالوا لا تطلق لان من المشركين من لا يعذب تنويرا آخر مسائل شتى قبيل كتاب الفرائض وأراد بقوله لان من المشركين من لا يعذب أطفالهم فانهم مشركون شرعا كما في الدر فال وقد اورد هذا اللغز على غير هذا الوجه ابن وهبان فقال

وهل قائل لا يدخل النار كافر * ولكنها بالمؤمنين تعمر

ومعناه ان الكفار لما يرون النار يؤمنون بالله تعالى ورسوله ولا ينفعهم قال الله تعالى فلم يك ينفعهم ايمانهم لما رأوا بأسنا ولعجز البيت معنى آخر وهو ان عمارها خزنتها القائمون بأمرها وهم مؤمنون اه

(باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك)

كالغسل والكسوة نهر (قوله على الحالين) الموت والحياة در (قوله وما اختص به الحي) وهو كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسر كشتم وتقبيل در (قوله حتى لو فعل هذه الاشياء بعد الموت لا يحنث) لان الضرب ايقاع الالم وبعد الموت لا يتصور ومن يعذب في القبر توضع فيه الحياة على الصحيح وان اختلفوا في كيفيتها فان قلت ان أيوب عليه السلام أمر ان يضرب امرأته بالضغث وهو غير مؤلم لانه حزمة صغيرة من حشيش او ريحان قلت يجوز ان يكون ذلك مختصا به اكراما له وتخفيفا عليها ولا اشكال على قول من فسره بقبضة من أغصان الشجر والكسوة يراد بها التمليك عند الاطلاق فلا يتحقق في الميت ولذ لو تبرع بكفنه أحد ثم أخرجه السيل او السباع فهو له لا لورثته والكلام للافهام فلا يتحقق في الميت فان قلت قال عليه السلام لقتلى بدر من المشركين هل وجدتم ماوعد ربكم حقا قلت ردته عائشة رضي الله عنها وقالت قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما أنت بمسمع من في القبور ولئن ثبت فهو مختص به عليه السلام ويجوز ان يكون ذلك لوعظ الاحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والغرض من الدخول اكرامه بتعظيمه او اهانته بتحقيره ولا يتحقق الكل بعد الموت عيني واعلم ان من يعذب في القبر توضع فيه الحياة بقدر ما يحس بالالم والبنية ليست بشرط عند أهل السنة بل تحصل الحياة في تلك الاجزاء المتفرقة التي لا يدركها البصر نهر واحترز العيني بقوله على الصحيح عن قول أبي الحسن الصالحي فان عنده يعذب الميت من غير حياة اذ الحياة عنده ليست بشرط كما في النهاية واعلم ان كون الميت لا يملك منقوض بما قالوه لو نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد

وذكر في المختلف لو حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشا آخر او حلف لا يجلس على سرير فجعل فوقه سريرا آخر ونام عليه قال أبو يوسف يحنث قيل المذكور في المتن قول محمد (ولو جعل فوق الفراش قرام) وهو ستر فيه رقم فيما اذا حلف لا ينام (على هذا الفراش) وكذلك لو بسط على الفراش ونقوش بسط على السرير بساط القرم والقرمة (أو على السرير) لا يجلس أو حصير) فيما اذا حلف لا يجلس عليه على هذا السرير فنام أو جلس عليه (حنث)

(باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك)

والاصل ان ما يشارك الميت فيه الحي فاليمين وقعت على الحالين وما اختص به الحي يتقيد بالحياة فعلى هذا لو قال (ان ضربتك وكلمتك وكسوتك) أي ملكتك (ودخلت عليك) وقال لامرأته ان وطئتك أو قبلتك وعبدي حر (تقيد بالحياة) حتى لو فعل هذه الاشياء بعد الموت لا يحنث

موته ملكه كما في النهر وقول العيني قلت ردته عائشة أي ردت ان الخطاب في الحديث لاسماع الموتى وافهامهم فكان وعظا للاحياء والافالحديث ثابت في صحيح البخاري شيخنا وقوله ولئن ثبت الخ أي ان ثبت كون الخطاب في الحديث لاسماعهم وافهامهم فهو مختص به صلى الله عليه وسلم فيكون معجزة له عليه السلام والقبضة بالضم ما قبضت عليه من شئ يقال أعطاه قبضة من سويق اوتمر أي كفا منه وربما جاء بالفتح كما في مختار الصحاح وقوله والكسوة يراد بها التمليك الخ الا ان ينوي بها الستر (قوله بخلاف الغسل والحمل والمس) لان هذه الاشياء تتحقق في الميت كما تتحقق في الحي لان الغسل هو الاسالة والمقصود منه التطهير والميت يطهر بالغسل الاترى انه لو حمله رجل قبل الغسل وصلى لا يجوز وبعده يجوز وكذا لو صلى عليه قبل الغسل لا يجوز فلا ينافيه الموت وكيف ينافيه وغسله واجب على الاحياء والحمل يتحقق بعد الموت قال عليه السلام من حمل ميتا فليتوضأ والمس للتعظيم او الشفقة فيتحقق بعد الموت زيلعي (قوله لا يضرب امرأته الخ) ولا يشترط القصد في الضرب لما في عمدة الفتاوى حلف لا يضرب امرأته فضرب أمته واصاب رأس امرأته يحنث انتهى وقيل انه لا يحنث لانه لا يتعارف والزوج لا يقصده بيمينه وهكذا ذكر البقالي في فتاواه وهو الاظهر والاشبه بحر (فرع) رجل حلف ليضربن عبده بالسياط حتى يموت فضربه ضربا عنيفا او بالغ بر في يمينه لان هذا للمبالغة في الضرب وكذا لو قال لها ان لم اكسر عظامك تحت جلدك فهو على الضرب الشديد كما في القنية ولو قال حتى يبول او يبكي او يستغيث فلم توجد حقيقة هذه الاشياء لا يبر لان هذا يقع على الامرين جميعا حموي عن شرح ابن الحلبي وقوله لان هذا يقع على الامرين يعني المبالغة والحقيقة بخلاف الاول فانه للمبالغة فقط وكذا ليضربنه اوليقتلنه ألف مرة فهو على الكثرة والمبالغة كحلفه ليضربنه حتى يتركه لا حيا ولا ميتا بخلاف حتى يغشى عليه فانه على الحقيقة تنوير وشرحه (قوله فمد شعرها الخ) لان الضرب اسم لفعل مؤلم وقد تحقق زيلعي ومقتضاه انه يحنث أيضا لو رماها بحجر او نشابة فأصابها لكن المصرح به عدم الحنث وهو مشكل لان اليمين ان تعلقت بصورة الضرب وجب ان لا يحنث بالخنق ونحوه وان تعلقت به معنى لا صورة وجب ان يحنث بالرمي أيضا وان تعلقت بالصورة والمعنى وجب ان يحنث بالضرب مع الايلام ممازحة هذا حاصل ما ذكره في النهر من الاشكال وانما لم أذكر جوابه لكونه غير دافع كما في الفتح اذا علمت هذا ظهر ان القول بالحنث في مد الشعر ونحوه مطلقا باعتبار تعلق اليمين بالصورة والمعنى لا غبار عليه ولهذا والله اعلم جزم في الدرر بالحنث ولو ممازحا خلافا لما صححه في الخلاصة انتهى (قوله ولو كانت في حال الملاعبة الخ) هو الصحيح كما في الخلاصة عن الجامع الصغير ولو نتف شعرها فهو على هذا التفصيل هو الصحيح وعن هذا قال فخر الاسلام لو أدماها في الملاعبة خطأ لا يحنث نهر (قوله وقيل اذا كانت يمينه بالفارسية لا يحنث) لانها بلسان الفارسية لا تسمى ضربا حموي عن الظهيرية (قوله ان علم به حنث) لانه عقد يمينه على حياة يحدثها الله فيه وذلك متصور فتنعقد اتفاقا ثم يحنث للعجز العادي نهر (قوله والا لا يحنث) لانه عقد يمينه على ازالة الحياة القائمة فيه ولا حياة قائمة فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم وهو الاصح ولو حلف لا يقتل فلانا يوم الجمعة فجرحه يوم الخميس ومات يوم الجمعة حنث وكذا لو حلف لا يقتله بالكوفة فضربه في الوادي ومات بالكوفة اذ المعتبر زمان الموت ومكانه بشرط ان يوجد ذلك بعد اليمين نهر عن الظهيرية أي بشرط ان يكون الضرب والجرح بعد اليمين فان كان قبل اليمين فلا حنث أصلا لان اليمين تقتضي شرطا في المستقبل لا في الماضي بحر عن الظهيرية وفيها ان لم تأتني حتى أضربك فهو على الاتيان ضربه او لا ان رأيته لاضربنه فهو على التراخي ما لم ينو الفور ان رأيتك فلم اضربك فرآه الحالف وهو مريض لا يقدر على الضرب حنث ان لقيتك فلم اضربك فرآه من قدر ميل لم يحنث درر عن البحر (قوله ما دون الشهر قريب) والسريع كالقريب والآجل كالبعيد وهذا عند عدم النية فأما ان نوى بقوله الى قريب او بعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى سنة او اكثر في القريب صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة

(بخلاف الغسل والحمل والمس) بان قال ان غسلتك او حملتك او مسستك فهو حر وكذا البستك فانها لا تتقيد بالحياة حتى لو فعل بعد الموت يحنث و يعتق لو حلف (لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها او عضها) أو أوجعها وهو ضرب باليد أو بالسكين أو قرصها (حنث) وقال الشافعي لا يحنث وبه قال بعض مشايخنا ثم قالوا هذا اذا كانت الافعال في حال الغضب ولو كانت في حال الملاعبة لا يحنث وقيل اذا كانت يمينه بالفارسية لا يحنث بهذه الافعال لو حلف (ان لم اقتل فلانا فكذا) أي فامرأتي طالق مثلا (وهو ميت) ينظر (ان علم الحالف (به) أي بموته (حنث والا لا) يحنث عندهما وعند أبي يوسف يحنث (ما دون الشهر قريب) حتى لو حلف ليقضين دينه الى قريب

بالنسبة الى الآخرة كذا فى الفتح قال فى البحر و ينبغى ان لا يصدق قضاء لانه خلاف العرف الظاهر ولو حلف لا يكلمه مليا اوطو يلا ان نوى شيئا فذاك والا فعلى شهر و يوم بحر عن الظهيرية وفى النهر عن السراج على شهر وكذا كذا يوما احدعشر و بالواو احد وعشرون و بضعة عشر ثلاثة عشر تنوير وشرحه لكن لم أجد ذلك فى النهر والذى وجدته فيه هو قوله وفى الظهيرية لا يكلمه مليا أوطو يلا فان نوى شيئا كان على مانوى والا فهو على شهر و يوم انتهى (تتمة) أول الشهر قبل مضى النصف وغرة الشهر الليلة الاولى مع اليوم الاول عرفا اما لغة فثلاثة ايام والسلخ لغة من الثامن والعشرين الى الآخر وعرفا من التاسع والعشرين ورأس الشهر ورأس الهلال واذا أهل الهلال ولا نية له فعلى الليلة التى يهل بها و يومها وان نوى الساعة التى يهل فيها يصدق لانه تغلظ عليه وآخر اول الشهر واول آخره الخامس عشر والسادس عشر وقريبا من سنة فعلى نصفها والى صفر لا يدخل اوله على المفتى به (قوله فان قضاه فيما دون الشهر لم يحنث) ولو غاب المحلوف عليه ودفع الحالف الى القاضى بر هو المختار للفتوى وفى منية المفتى وكذا لو نصب القاضى وكيلا عنه فقبض لا يحنث وبه يفتى وفيها قال له ان لم أوافك به اليوم فى موضع كذا فجاء به فلم يجده فالمختار انه يرفع الامر الى القاضى حتى لا يحنث وان كان فى موضع لا قاضى له يحنث وبه يفتى ولو كان حاضرا لكنه لم يقبل ان وضعه بحيث تناله يده لو أراد لا يحنث نهر قلت فلو خشى ان يطمع فى المال لقلة دينه كقضاة زماننا هل يحنث بعدم الدفع أو يكون هذا عذرا فليحرر حموى واعلم ان ماسبق من قوله فى منية المفتى وكذا لو نصب القاضى وكيلا عنه الخ هى أحدى المسائل الخمس المستثناة من قولهم ان القضاء على المسخر لا يجوز الا للضرورة بناء على ما هو المعتمد كما فى البحر احداها اذا توارى الخصم فالقاضى يرسل امينا ينادى على باب داره ثلاثة أيام ثم ينصب عنه وكيلا للدعوى وهو قول أبى يوسف استحسنه وعمل به ونقل فى شرح التنوير عن شراح الوهبانية بالعز والى أدب القاضى انه قول للكل وان القاضى يختم مدة براها ثم ينصب الوكيل الثانية اشترى بالخيار فأراد الرد فى المدة فغاب البائع الثالثة كفل بنفسه على انه ان لم يوافه به غدا فدينه على الكفيل فتوارى المكفول له الرابعة حلف ليوفينه اليوم فتغيب الداين الخامسة جعل امرها بيدها ان لم تصل نفقتها فتغيبت أى النفقة والحاصل ان الخصم شرط لقبول البينة اذا أراد المدعى ان يأخذ من يد الخصم الغائب شيئا اما اذا أراد أن يأخذ حقه من ثمن مال كان للغائب فى يده لا يشترط حضرة الخصم فلا يحتاج القاضى الى نصب الوكيل كذا فى منية المفتى واعلم ان نصب المسخر فى هذه المسائل فرع قولهم ولا يقضى على غائب لم ينتصب عنه خصم حاضر وأما على ماذكره فى الدرر من ان القضاء على الغائب ينفذ فى اظهر الروايتين عن الامام فلا حاجة اليه (قوله فهو على الشهر وما فوقه) سنة أو اكثر بلا غاية محدودة الى الموت (قوله لان الزيف ما يرده بيت المال) وقيل ماضرب من الدراهم فى غير دار الضرب أو فى غير دار السلطان حموى (قوله والنبهرجة ما يرده التجار) يعنى المستقصى منهم والمسهل منهم يقبلها نهر (قوله مستحقة) بفتح الحاء وهى التى استحقها مستحق بعد القضاء حموى (قوله بر فى يمينه) لان الزيف دراهم حقيقة غير ان فيه عيبا وهو لا يعدم الجنسية ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا وكذلك النبهرجة وقبض المستحق صحيح حتى لو أجازه المستحق فى الصرف والسلم بعد الافتراق جاز وعند مالك يحنث فى جميع ذلك عينى وهذه المسئلة احدى المسائل الخمس التى جعلوا الزيوف فيها كالجياد والثانية والثالثة لو اشترى بالجياد ونقد الزيوف رابح بالجياد وأخذ الشفيع بها الرابعة لو نقد الوكيل يعنى بعد ما اشترى بالجياد نقد زيوفا رجع بالجياد الخامسة لو ظهر ان ما قبضه من دينه وصرفه زيوف لعدم علمه بها وقت القبض لا يرجع بشئ عندهما خلافا للثانى نهر فعند أبى يوسف يرد مثل المقبوض ويرجع بالجياد (قوله ستوقة) بفتح السين المهملة وتشديد التاء حموى (قوله لا يبر) لانهما ليسا من جنس الدراهم ولو تجوز بهما فى الصرف والسلم لا يجوز عينى (قوله ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب الاكثر) قيد به لانه لو كان الاكثر فضة والاقل ستوقة لا يحنث لان العبرة للغالب (قوله لم تؤخذ) أى بلا رضا آخذها

فان قضاه فيما دون الشهر لم يحنث فان
قضاه بعد مضى الشهر يحنث (وهو)
أى الشهر (وما فوقه بعيد) حتى لو
حلف ليقضين دينه الى بعيد فهو على
الشهر وما فوقه لو حلف (ليقضين
دينه اليوم فقضاه) ثم وجد المال
(زيوفا) زافت عليه الدراهم أى صارت
مردودة عليه بغش فيها وقيل هو مادون
النبهرجة فى الرداءة لان الزيف ما يرده
بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار
(أو نبهرجة أو مستحقة بر) فى يمينه
(ولو) قضاه (رصاصا أو ستوقة لا) يبر
الستوقة بالفتح أردأ من النبهرجة
وعن الكرخى الستوقة عندهم
ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب
الاكثر وفى الرسالة اليوسفية النبهرجة
اذا غلبها النحاس لم تؤخذ وأما الستوقة

(قوله غرام أخذها) بلا رضاه وعليه ان يتق الله اذا رضي بأخذها فلا يعطيها الغيره بلا بيان شيخنا
(قوله والبيع به قضاء) أي البيع الصحيح لان قضاء الدين طريقة المقاصة وقد تحققت بالبيع سواء كان معه قبض اولا واشتراط محمد له كانه ليتقرر به كذا في الهداية يعني لانه بعرضية السقوط بالهلاك قبل القبض ورتبان البر لا يرتفع بانتقاض المقاصة بالهلاك نعم هو في الفاسد شرط فيبر به حيث كانت ثمنيته تفي بالدين وشمل اطلاقه ما اذا كان المبيع غير مملوك كما لو كان وكيلا في البيع وأراد بالبيع كل موضع حصلت المقاصة فيه لا خصوصه ومن ثم قالوا لو تزوج الطالب أمة المطلوب ودخل بها أو وجب عليه دين بالاستهلاك أو بالجناية بيرأ يضا نهر والتقييد بالدخول في جانب التزوج وقع اتفاقا فان قلت قيد به ليتقرر عليه كل الصداق لان نصفه بعرضية السقوط بالطلاق قبل الدخول قلت ان البر لا ينتقض بانتقاض المقاصة في نصفه على قياس ما سبق في انتقاض المقاصة بالثمن بهلاك المبيع قبل القبض والحاصل اني لم أرفيه شيئا سوى ما ذكره في البحر من ان التقييد بالقبض أي قبض المبيع في جانب البيع وقع اتفاقا لا انه شرط البر حتى لو هلك المبيع لا يرتفع البر المحقق ببطلان الثمن اه فليكن التقييد بالدخول في جانب التزوج اتفاقيا أيضا فان قلت لم اطلق الثمنية في البيع الصحيح ولم يقيد بكونها تفي بالدين كما قيد بذلك في الفاسد قلت هذا وجهه ظاهر هو ان الواجب في البيع الصحيح ما سمي من الثمن مطلقا سواء كان فيه وفاء بالقيمة أم لا بخلاف الفاسد فان الواجب فيه القيمة فلهذا اعتبر في جانبه كون الثمنية تفي بالدين (قوله لا يكون قضاء فيحنث) كذا في الاختيار وفيه نظر لان اليمين لما كانت موقتة باليوم وقد وهب له قبل مضي اليوم فقد عجز عن تحقيق البر قبل مجيء وقت الحنث وهو آخر اليوم فتبطل اليمين عند الامام ومحمد كما لو قال ان لم أشرب الماء الذي في الكوز اليوم فعبده حر فصب الماء قبل مضي اليوم فان اليمين تبطل عندهما وهذا الغلط سرى لهما من سوء فهم عبارة الهداية فان قوله في الهداية لم يبر ليس معناه انه حانث بل عبارة الهداية ساكتة عن الحنث فلا يحمل عليه بل المراد لم يبر ولم يحنث أيضا لفوات المحلوف عليه وهو الدين وهذا لان قولهم لم يبر اعم من قوله يحنث ومن قوله تبطل اليمين فيحمل على الثاني تصحيحا لكلامه ولو لم يقيد باليوم يستقيم كما في مسئلة الكوز وقال الشهاب قول مسكين وحنث انما يستقيم على قول أبي يوسف لا على قولهما حموي وضمير التثنية في قوله وهذا الغلط سرى لهما للشارح وصاحب الاختيار اذ لا يصح نسبة الغلط للمصنف لان نفي القضاء في جانب الهبة صحيح ولا يلزم منه ثبوت حنثه بل يحمل على عدم الحنث لبطلان اليمين تصحيحا لكلامه بقي أن ما سبق من قوله ولو لم يقيد باليوم يستقيم كما في مسئلة الكوز يشير الى ما ذكره في الشرنبلالية من ان اليمين اذا كانت مطلقة فلا شك انه يحنث بالاتفاق لان التصور لا يشترط بقاؤه في اليمين المطلقة بل في الابتداء وحين حلف كان الدين قائما وكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد مضي زمن يقدر فيه على القضاء بالياس من البر بالهبة انتهى ثم رأيت في القهستاني ما نصه وقيل ان لفظ اليوم في التصوير سهو ويدل عليه انه لم يذكر في كتب محمد انتهى (قوله حتى يقبض كله متفرقا) لان شرط حنثه قبض الكل بوصف التفريق لانه أضاف القبض الى دين معرف بالاضافة اليه فيتناوله كله فما دام عند المديون شيء من دينه باقيا لم يحنث لعدم قبض الكل وهو الشرط ولو قال ان قبضت من ديني درهما دون درهم حنث وكذا اذا قال ان أخذت منه درهما دون درهم والفرق أن شرط الحنث هنا قبض البعض متفرقا وفي الاول قبض الكل بصفة التفريق ولو قبض الكل جملة ثم وجد بعضها ستوقة فرد لم يحنث بالرد ما لم يستبدل لان الستوقة غير معتد بها فلم يوجد قبض الكل حتى يقبض البدل فاذا قبضه وجد قبض الكل متفرقا بخلاف ما اذا وجد بعضها زيوفا حيث لا يحنث مطلقا لانه بر حين وجد قبض الكل وبالرد لم ينتقض القبض في حقه على ما مر زيلعي والحيلة في عدم حنثه في مسئلة الكتاب ان يترك من حقه درهما و يأخذ الباقي حيث شانهر عن الظهيرية (قوله في وزنتين) أو أكثر لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة فيصير هذا القدر مستثنى عنها ولان هذا القدر من التفريق لا يسمى تفريقا عادة والعادة هي المعتبرة زيلعي

غرام اخذها الانها فلوس وقيل هو
تعريب سه توقه كذا في المغرب
(والبيع به قضاء لا الهبة) حتى لو حلف
ليقضين دينه اليوم فباع بالدين عبدا
من الداين فقد قضاه وبر في يمينه ولو
حلف ليقضه من دينه اليوم فوهبه
الداين الدين لا يكون قضاء فيحنث لو حلف
لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض
بعضه (لا يحنث) (الا بقبض كله متفرقا) اى بقبض الدين بتفريق
اختياري بان قبض بعضه في اول
النهار وبعضه في آخره (لا بتفريق
ضروري) بان قبض دينه في وزنتين

وأشار بقوله أو أكثر الى ان المراد بالوزنتين تعدد الوزنات لا خصوص الوزنتين (قوله ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن الخ) لان المجلس جامع للتفرقات فكانت كوزنة واحدة بخلاف ما لو تشاغل لان به يختلف مجلس القبض على ما عرف نهر (قوله أو غير مائة درهم) اقحم الشارح مائة درهم اشارة الى ان المصنف حذف المضاف اليه وبنى المضاف على الضم حموى (قوله سواء ملكها بتمامها أو بعضها) لان غرضه نفي ما زاد على المائة فكان شرط حنثه ملك الزيادة على المائة زيلعي ويشترط في الزيادة ان تكون من جنس مال الزكاة كالدنانير وعروض التجارة والسوائم وفي خزانة الاكمل امرأته كذا ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث نهر (قوله تركه أبدا) لان الفعل يقتضي مصدرا منكرا والنكرة في النفي تعم وما في شرح المجمع من أنه اذا قال لا يفعل كذا تركه أبدا لان اليمين لا تنحل بفعله سهو بل تنحل فاذا حنث بفعله لم يحنث بفعله ثانيا الا في كلما بحر ودرقال في البحر وقدمنا انه لو قال والله أفعل كذا انها يمين النفي وتكون لا مقدرة لانه لا يجوز حذف نون التوكيد ولامه في الاثبات انتهى وقدمنا عن صدر الشريعة ان كلامه يقتضي عدم اشتراط الاتيان بنون التوكيد ولامه في الاثبات وكذا كلام الدرر والقهستاني وعليه فلا تكون لا مقدرة وتكون اليمين على الاثبات وفي البحر عن الواقعات ان فعلت كذا ما دمت ببخارى فامرأته طالق فخرج من بخارى ثم رجع ففعل لا يحنث لانه انتهى اليمين الخ (قوله بر بمرة) فيه ان كلمة مرة لازمة النصب إما على الظرفية أو على المصدرية وحينئذ فكان الصواب ان يقال بر بالفعل مرة وعن أبي البقاء المرة في الاصل مصدر مر يمر ثم استعمل ظرفا اتساعا وهذا يدل على قوة شبه الزمان بالفعل انتهى حموى وجه البر بالفعل مرة ان النكرة في الاثبات تخص والواحد هو المتيقن ولو قيدها بوقت فمضى قبل الفعل حنث ان بقي الامكان والا بان وقع اليأس بموته أو بفوت المحل بطلت يمينه كما مر في مسئلة الكوز ويأتي فيه خلاف ابي يوسف في فوت المحل زيلعي وقوله بان وقع اليأس الخ أي قبل مضي الوقت كما يدل عليه السياق (فرع) حلف بالطلاق لا ينقل أهله الى بلد كذا فرفع الامر الى القاضي أو الى الوالي فبعث رجلا باذنه فنقل اهله لم يحنث لانهما لم يصيرا مأمورين برفع الامر اليهما انتهى حموى عن الغزي (قوله بكل داعر خبيث مفسد يعرفه) ينبغي ان يقيد بان يعرفه في بلده حتى لو عرفه في غير بلده لا يلزمه ان يحمله اليه كما هو مقتضى الاطلاق وداعر بمهملتين وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد نهر (قوله تقيد الحلف بقيام ولايته) فيلزمه ان لا يؤخر الاعلام الى ما بعد موت الوالي أو المستحلف لانه لا يحنث في المطلقة الا باليأس وذلك بما ذكرنا الا اذا كانت موقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان قال في الفتح ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يبعد نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره نهر (قوله وازوال بالموت أو العزل) لان المقصود منه دفع شره وشر غيره بالضرب والحبس أو القتل فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته لعدم قدرته على ذلك زيلعي ثم اذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد الى الولاية نعم لو ترقى من غير تخلل عزل الى منصب اعلى من الاول يجب ان لا يتردد في بقاء اليمين لزيادة تمكنه نهر (قوله وعن أبي يوسف انه يجب الرفع اليه بعد العزل) وعن هذه الرواية احترز الشارح بقوله أو بالعزل في ظاهر الرواية ووجهها ان اعلامه بعد عزله مفيد لاحتمال ان يولى فيؤدبه او يسعى في تأديبه عند أولي الامر زيلعي وما في العيني من قوله وعن ابي يوسف يبطل الرفع بعزله لا بموته صوابه بموته لا بعزله واعلم ان نسخ المتن اختلفت فوقع في بعضها ليعلمنه بكل داعر دخل البلد وعلى هذه النسخة شرح صاحب النهر وفي البعض لم يذكر قوله دخل البلد وعلى هذه النسخة شرح الشارح والعيني والزيلعي ولهذا قال الزيلعي وقوله ليعلمنه بكل داعر ليس على ظاهره لانه لا يمكنه ان يعلم بكل داعر في الدنيا وانما مراده كل داعر يعرفه أو في بلده أو دخل البلد انتهى (قوله حتى لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه له ولم يقبل لم يحنث الخ) فيه خلل ظاهر والصواب أن يقال بعد قوله فوهبه له ولم يقبل بر وان حلف ان لا يهب فوهبه له ولم يقبل لم يحنث اجماعا الى آخر ما دل عليه كلام ابن الملك في شرح المجمع

ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن فانه
لم يحنث عندنا خلافا لزفر ولو حلف ان
كان لي الا مائة) درهم (أو غير) مائة
درهم (أو سوى) مائة درهم (فكذا)
أي امرأته طالق أو عبده حر مثلا (لم
يحنث) سواء (ملكها) بتمامها (أو
بعضها) وكذا اذا لم يملك الا خمسين لو
حلف (لا يفعل كذا تركه ابدا) لو حلف
(ليفعلنه بر) في يمينه (بمرة) فعله (ولو
حلفه وال ليعلمنه) أي الحالف الوالي
(بكل داعر) خبيث مفسد يعرفه
(تقيد) الحلف (بقيام ولايته) أي
ولاية الوالي الحالف والزوال بالموت
أو العزل في ظاهر الرواية وعن أبي
يوسف انه يجب الرفع اليه بعد العزل
(بر بالهبة بلا قبول) حتى لو حلف ان
يهب عبده لفلان فوهبه له ولم يقبل
لم يحنث اجماعا

ووجه

ووجه الظهور ان قوله وان كان حاضرا حنث استحسانا وقال زفر الخ انما هو فى صورة الحلف على النفى لا على الاثبات شيخنا وذكر السيد الحموى ان قوله حتى لو حلف ان يهب عبده لعله ان لا يهب كما فى الكافى انتهى (قوله ان كان الموهوب له غائبا) لان حضرة الموهوب له شرط حنثه (قوله وعلى هذا العارية الخ) والعطية والعمرى والاقرار والهدية والاصل ان اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بازاء الايجاب والقبول معا وفى عقود التبرعات بازاء الايجاب فقط والاشبه ان يلحق الابراء بالهبة لعدم العوض والقرض بالبيع ولا يعلم خلاف أن الاستقراض كالهبة بحر عن الفتح (قوله بخلاف البيع) لانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما اما الهبة فتمليك بلا عوض فتتم بالواهب عينى (قوله لا يشم ريحانا الخ) بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم فى الماضى وجاء فى لغة فتح الميم فى الماضى وضمها فى المضارع نهر اعلم ان الشم ينعقد على الشم المقصود فلو حلف لا يشم طيبا فوجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الى دماغه بحر عن الفتح (قوله هو اسم لما له رائحة طيبة ولا ساق له) حكاه فى البحر بقيل ونصه الريحان عند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه وقيل فى عرف أهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجر وعلى كل فليس الورد والياسمين منه وان كان فى اللغة اسما لكل ما طاب ريحه من النبات واقتصر البرجندى على ما ذكره فى البحر أولا ولم يحك خلافه واثبت فى النهر الساق للريحان غير انه ذكر انه لا رائحة له مستلذة انما الرائحة للزهر أى الورق واستشكله السيد الحموى بانه مخالف للبرجندى وانما اشكل عليه ذلك لانه لم يقف على ما ذكره فى البحر من اختلاف الفقهاء فى الريحان اى فى أن المراد منه عند الاطلاق ما له ساق أو ما لا ساق له قال فى النهر عن الفتح والذى يعول عليه فى ديارنا اختصاصه بريحان الحماحم وأما الريحان الترنجى فيمكن ان لا يكون منه لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجى وعند الاطلاق لا يفهم منه الا الاول فلا يحنث الا به انتهى (قوله لا يحنث بشم ورد وياسمين) لان اسم الريحان عرفا لا يشملهما وسين الياسمين مكسورة حموى (قوله قال فى الجامع الصغير البنفسج يقع على الدهن) كذا فى الزيلعى عن المبسوط معللا بان اسم البنفسج اذا أطلق يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج وذكر الكرخى انه لو اشترى الورق يحنث أيضا وهذا شئ يبتنى على العرف وفى عرف أهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن فبنى الجواب فى الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخى عرف أهل بغداد انهم يسمون بائع الورق بائع البنفسج أيضا فقال يحنث به ولا يقال فى احدهما حقيقة والآخر مجاز بل فيهما حقيقة أو يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز والياسمين قياس الورد لا يتناول الدهن لان دهنه يسمى زنبقا لا ياسمينا وكذا الحناء يتناول الورق هذا اذا لم يكن له نية وقال فى الكافى الحناء فى عرفنا يقع على المدقوق زيلعى قال السيد الحموى وهو أى وقوع الحناء على المدقوق عرف أهل مصر وما ذكره الزيلعى من أن دهن الياسمين يسمى زنبقا تعقبه العينى بانه غير صحيح لان الزنبق اسم زهر مشهور فى أرض الشام منه كثير وهو ورق أبيض واصفر على غصن له رائحة زكية يعمل منه الدهن ويسمى دهن الزنبق انتهى (قوله وأجاز بالقول حنث) وما فى جامع الفصولين الاصح انه لا يحنث بالاجازة بالقول أيضا غريب نهر (قوله بان بعث اليها مهرها) بشرط ان يصل اليها وقيل الوصول ليس بشرط وتقبيلها بشهوة وجماعها وان كرها ومنه ما لو أجاز بالكتابة لما فى الجامع حلف لا يكلم فلانا أو لا يقول له شيئا فكتب اليه كتابا لا يحنث وذكر ابن سماعة انه يحنث وقد تعارف الموثقون صورة تعليق متى تزوج عليها بنفسه أو بوكيله أو بفضولى تكون زوجته اذ ذاك طالقا فاذا زوجه فضولى وأجازه بالفعل قال فى البحر لا يقع عليه الطلاق لان قوله أو بفضولى عطف على قوله بنفسه والعامل فيه تزوج وهو مخصوص بالقول كما مر فلو زاد أو دخلت فى نكاحه أو فى عصمته فالحكم كذلك لما قدمناه من أن الدخول ليس له الا سبب واحد وهو التزوج وهو لا يكون الا بالقول اقول ولو زاد أو بطريق من الطرق او بوجه من الوجوه ينبغى أيضا ان يكون الحكم كذلك لان ذلك

ان كان الموهوب له غائبا وان كان حاضرا حنث استحسانا وقال زفر فى قول لا يحنث ما لم يقبل وفى قول ما لم يقبل ويقبض وعلى هذا العارية والصدقة والاقرار والوصية (بخلاف البيع) أى بخلاف ما لو حلف ان يبيع عبده من فلان فقال له بعت عبدى منك فلم يقبل لم يبر حلف (لا يشم ريحانا) هو اسم لما له رائحة طيبة ولا ساق له لغة وعرفا (لا يحنث بشم ورد وياسمين والبنفسج والورد) يقعان (على الورق) فى عرفنا فلو حلف لا يشترى بنفسجا أو وردا يقع على الورق قال فى الجامع الصغير البنفسج يقع على الدهن (حلف لا يتزوج فزوجه فضولى وأجاز بالقول حنث وبالفعل) بان بعث اليها مهرها كله أو بعضه

معطوف على قوله بنفسه والعامل فيه تزوج نعم لو زاد أو اجاز نكاح فضولي ولو بالفعل فلا مخلص له الا اذا كان المعلق طلاق المتزوجة فيرفع الامر الى شافعي ليفسخ اليمين المضافة وقدمنا ان الافتاء في ذلك كاف نهر (قوله والاعارة) الا اذا استعارها لوليمة لان المراد به المسكن فدخل ما سكنه باي جهة باعتبار عموم المجاز ومعناه ان يكون محل الحقيقة فردا من افراد المجاز لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز قيدنا بان يكون مسكنه لانه لو لم يكن ساكنا وهي ملكه لا يحنث الا ان يدل الدليل على دار الغلة بحر وفي الشرنبلالية ما يخالفه فقد نقل عن الخانية ما نصه وان دخل دارا مملوكة لفلان وهو لا يسكنها حنث انتهى ومثله في مختصر الظهيرية ثم قال وفي الخانية حلف ان لا يدخل دار فلان فاجر فلان داره فدخلها الحالف قيل يحنث وقيل لا قالوا وما ذكر من انه لا يحنث قول أبي حنيفة وابي يوسف لان عندهما كما تبطل الاضافة بالبيع تبطل بالاجارة والتسليم وملك اليد للغير ثم قال ولو دخل دارا مملوكة لفلان وساكنها غيره حنث أيضا قيل هذا قول محمد اما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحنث انتهى فهذا يفيد ان الدار اذا لم يكن مالكها ساكنها ولا غيره فالنسبة باقية فيحنث الحالف واما اذا اسكنها غيره فقد علمت الاختلاف على قول محمد يحنث وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحنث الخ وقوله وملك اليد للغير بالرفع ولا يصح جره عطفا على ما قبله وكان الاولى ذكره على وجه التعليل بان يقول لان ملك اليد للغير اذ هو لا يضاح ما ذكره من ان الاضافة تبطل بالاجارة والتسليم أي بالاجارة والتسليم بطلت اضافة الدار اليه لان ملك اليد لغيره (قوله سواء كانت بملك) اطلقه فعم الملك المشترك لان جميع الدار تضاف اليه بعضها بالملك وكلها بالسكنى ولا بد وان تكون سكناه لا بطريق التبعية فلو حلف لا يدخل دار فلانة فدخل دارها وزوجها ساكن فيها لا يحنث لان الدار تنسب الى الساكن والساكن هو الزوج بحر عن الواقعات ومثله في النهر والاختيار فان قلت قوله ولا بد وان تكون سكناه لا بطريق التبعية يناقض ما سبق في النهر في بحث الدخول حيث قال ولا فرق في المساكنة بين كونها تبعا أولا حتى لو حلف لا يدخل دار أمه او ابنته وهي تسكن مع زوجها حنث بالدخول كما في الخانية انتهى قلت لا مناقضة لان الملك في الدار المحلوف عليها هنا للمرأة وقد صارت تابعة لزوجها في سكناها فانقطعت نسبة السكنى اليها اصالة وفيما قدمه عن الخانية الملك في الدار المحلوف عليها المضافة الى أمه أو ابنته لزوج الام أو البنت صرح بذلك فيها وفي البحر عنها فلكون الدار في مسئلة الخانية ملكا للغير من اضيفت اليه حنث بدخولها وان تبعته في السكنى ولكونها مالكة في مسئلة الواقعات اشترطوا للحنث بدخولها ان تكون سكناها بطريق الاصالة لا التبعية فلم يكونا متحدين لاختلاف موضوعهما وقد ذكر قاضيخان قبل مسئلة دار أمه أو ابنته بصفحة الا يسيرا ما يزيدنا وضوحا فقال رجل حلف لا يدخل دار فلان فدخل دار فلان وفلان ساكن فيها مع امرأته والدار للمرأة حنث وكذا لو حلف لا ادخل دار فلانة وهي في دار زوجها تسكن معه كان حانثا انتهى وهذا مفهوم ما في الواقعات ونظير مسئلة الام والبنت كذا حرره شيخنا (قوله حكم القاضي على افلاسه) صوابه بافلاسه حموي (قوله لم يحنث) لان الدين مال بالنظر الى المآل حتى وجب فيه الزكاة ووصف بالنظر الى الحال لانه عبارة عن شغل الذمة وانه ليس بمال فالحنث يلزمه بالنظر الى المآل ولا يلزمه بالنظر الى الحال فلا يحنث بالشك حموي عن باكير (فرع) حلف لا يأكل من مال فلان فتناهدا واكل الحالف لا يحنث لان كلا منهما اكل من مال نفسه نهر عن الخلاصة يقال تناهد القوم مناهدة أخرج كل منهم نفقة ليشتروا بها طعاما يشتركون في اكله شيخنا عن المصباح

(كتاب الحدود)

الحدود عقوبات بعضها حق الله خالصا كحد الزنى والخمر وبعضها مشوب بحق العباد كحد القذف فابتدأ بالاول وقدم الاقوى منهما حموي عن قراحصاري (قوله سبب للامتناع) عن موجبها من الزنا والقذف

والشرب

(لا) يحنث في الصحيح (وداره بالملك والاجارة) والاعارة حتى لو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا مسكونة لفلان سواء كانت بملك أو اجارة أو اعارة يحنث وقال الشافعي الدار تتناول دار الملك (حلف بانه لا مال له و) قد كان (له) أي للحالف (دين على مفلس) بالتشديد وهو رجل حكم القاضي على افلاسه (أو ملي) أي غني (لم يحنث)
(كتاب الحدود) والمناسبة بين الكتابين ان الحدود سبب للامتناع

والشرب والسرقة حموى (قوله كما ان الايمان سبب له) أى للامتناع عن فعل المحلوف عليه يعنى ان كان الحلف على نفى الفعل اما اذا كان الحلف على الفعل فلا يكون سببا للامتناع بل سببا للفعل حموى فالمناسبة باعتبار أحد نوعى اليمين وقد يقال المراد الامتناع عما يوجب الحنث (قوله لمنعه الناس عن الدخول) أى والخروج ففى الكلام اكتفاء حموى (قوله وفى الشرع) عطف على قوله لغة باعتبار المعنى ولو قال والحد فى الشرع عقوبة الخ لكان أولى وأظهر فى شرح كلام المصنف حموى قال والعقوبة هى الالم الذى يلحق الانسان مستحقا على الجناية والفرق بين العقاب والعقوبة ان ما يلحق الانسان ان كان فى الآخرة يقال له العقاب وان كان فى الدنيا يقال له العقوبة انتهى وركنه اقامة الامام او نائبه وشرطه كون من يقام عليه من اهل الاعتبار سليم البدن فلا يقام على مجنون وسكران لانهما ليسا من اهل الاعتبار ولا على مريض وضعيف الخلقة الا بعد الصحة وسببه ارتكاب كبيرة من زنى أو قذف أو شرب خمر وحكمه انزجار من عليه يقام كذا فى المحيط وسيأتى ان المريض انما يؤخر عنه الجلد لا الرجم وان نحيف البدن يضرب بما يطيق وليس مطهرا من الذنب عندنا بل المطهر انما هو التوبة وبالتوبة لا يسقط عنه الحد فى الدنيا نهر (قوله تجب حقا لله) يشير به الى ان قوله لله متعلق بمحذوف على انه صفة ثانية لعقوبة وقدر المتعلق خاصا لاقتضاء المقام ذلك حموى والحد بعد ثبوت سببه لا يقبل الاسقاط ولا تجوز الشفاعة فيه لانها طلب ترك الواجب ولهذا انكر عليه السلام على أسامة حين شفع فى المخزومية التى سرقت بقوله اتشفع فى حد من حدود الله تعالى نعم قبل الوصول الى الحاكم تجوز الشفاعة عند الرافع لاطلاقه نهر (قوله لعدم التقدير) ولا ينافيه قولهم ان اقله ثلاثة واكثره تسعة وثلاثون لان ما بين الاقل والاكثر ليس بمقدر ولانه يكون بغير الضرب بحر فلا حاجة لما فى النهر حيث قال وما سيأتى من بيان اقله واكثره فذاك لنوع منه انتهى فنفى التقدير فى التعزير شامل لنوع التعزير بالضرب وعلى ما فى النهر يكون للنوع المذكور تقدير باعتبار الاقل والاكثر شيخنا (قوله لانه حق العباد) أى الغالب فيه ذلك وكذا لو كان المقتص هو الامام كما لو قتل عمدا ولا وارث له وهذا لان نفع الحد يعود الى الكافة من صيانة الانساب والاعراض والاموال وفى اصطلاح غير مشهور حذف هذا القيد ليدخل القصاص وعليه فالحد قسمان ما يصح فيه العفو وما لا يقبله نهر (قوله والزنى) بالقصر فى لغة اهل الحجاز فيكتب بالياء أو بالمد فى لغة اهل نجد فيكتب بالالف والنسبة الى المقصور زنوى والى الممدود زنائى نهر وفى الشرنبلالية عن الفتح انه مقصور فى اللغة الفصحى لغة اهل الحجاز التى جاء بها القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنى انتهى وانما بدأ بالكلام عليه لكثرته مع ثبوت حده بالقطعى بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية نهر (قوله وطء الرجل المرأة) يشير الى انه مصدر مضاف لفاعله ثم انه حذف وعوض عنه التنوين حموى واعلم انه لا يشترط الايلاج فانه لو كان مستلقيا فادخلت ذكره فى فرجها لزمه الحد شرنبلالية (قوله ليخرج فعل الصبى) فيه ان الرجل يطلق على الصبى كما فى غاية البيان وشرح الجامع الكبير للحصيرى ولو سلم خروجه يرد على التعريف فعل المجنون فلو قال وطء مكلف لكان صوابا حموى ولا بد وان يكون من ناطق طائع مسلم أو ذمى بدارنا تحت ولاية اهل العدل والموطوءة مشتهاة ولو ماضيا وان لا يظهر به جب أو رتق بعد اقراره به كذا قيل وفيه تأمل لان هذه شروط لاجراء الاحكام فهى زائدة على الحقيقة وما فى المحيط من ان منها ان يكون عالما بالتحريم حتى لو لم يعلم به لا يجب الحد للشبهة رده فى النهر عن الفتح بان الزنى حرام فى سائر الاديان حتى ان الحربى اذا دخل دار الاسلام فاسلم وزنى وقال ظننت انه حلال يحد وان فعل ذلك اول يوم دخوله انتهى فكيف يقال اذا ادعى مسلم أصلى انه لا يعلم حرمة الزنى لا يحد لانتفاء شرط الحد شرنبلالية (قوله فى قبل) بضم الباء واسكانها آثر التعبير به عن الفرج لاختصاصه بالانسان نهر واعلم ان المراد قبل المشتهاة وانما اقتصروا على ذكر الاشتهاء ولم يذكروا قيد كونها حية مع انه شرط أيضا لدلالة الاشتهاء على الحياة ولهذا اعترض الشرنبلالى على صاحب الدرر حيث اقتصر فى موجبات الغسل

كما ان الايمان سبب له الحد لغة المنع ومنه سمى البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وفى الشرع (الحد عقوبة مقدرة) تجب حقا (لله تعالى) قوله مقدرة احتراز عن التعزير لعدم التقدير فيه ولله سبحانه احتراز عن القصاص لانه حق العباد (والزنى وطء) الرجل المرأة فيخرج فعل الصبى (فى قبل) فيخرج الوطء فى الدبر

على ذكر الحياة ولم يذكر قيد الاشتباه وكان ينبغي ان يذكره انتهى يعني لان قيد الحياة لا يدل على الاشتباه فاقتصاره في الدرر هنا على ذكر الاشتباه متجه (قوله خال عن ملك الخ) اعلم ان ما ذكره المصنف من تعريف الزنى هو معناه اللغوي والشرعي فانهما سواء فيه ولم يقصد المصنف تعريف الزنى الموجب للحد كما توهمه الزيلعي فانه لو كان كذلك لانتقض التعريف طردا وعكسا بحر لكن تعقبه نوح افندي وذكر ان ما فهمه الزيلعي انسب فليراجع (قوله وشبهته) المراد بشبهة ملك النكاح ما اذا تزوج رجل امرأة بغير شهود أو أمة بغير اذن مولاها أو وطئ عبد امرأة تزوجها بغير اذن مولاه والمراد بشبهة ملك اليمين ما اذا وطئ الرجل جارية ابنه أو جارية مكاتبه أو عبده المأذون المديون أو الجارية في المغنم في دار الاسلام بعد الاحراز في دارنا في حق الغازي حموي عن المفتاح ومنه تعلم ان المراد بالشبهة في قول المصنف خال عن ملك وشبهته شبهة ملك اليمين وشبهة ملك النكاح وظاهر ان في قول الشارح أي ملك يمين ونكاح اشارة الى ذلك أيضا وليس المراد بالشبهة ما يشمل شبهة الفعل بل خصوص شبهة المحل كما في الدرر عن ابن الكمال وليس المراد انه يحد مع الشبهة في الفعل مطلقا وان ظن الحل كما قد يتوهم لما سيأتي انه لا يحد بشبهة الفعل ان ظن الحل بخلاف الشبهة في المحل فانها توجب نفي الحد مطلقا وان لم يظن الحل وهذا هو السر في تخصيص شبهة المحل بالارادة مع انه لو أريد بالشبهة ما يعم شبهة الفعل بقيد ظن الحل في جانبها لكان له وجه ثم ظهر ان تقييد الشبهة بشبهة المحل لا يصح بدليل قول الشارح فيخرج وطء معتدة الثلاث وامة ابويه وزوجته ان ظن حلها فهذا منه كالتصريح بان المراد بالشبهة ما يشمل شبهة الفعل لان الشبهة في معتدة الثلاث وما بعدها من شبهة الفعل كما سيأتي التصريح به في المتن ثم راجعت البحر فرأيته نقل عن البدائع ما يقتضي كون المراد بالشبهة ما هو الاعم من شبهة الفعل لتصريحه باشتراط كون الفعل عاريا عن شبهة الاشتباه ومن المعلوم ان شبهة الاشتباه هي الشبهة في الفعل كما سيصرح بذلك الشارح من باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه فتحصل ان ما في النهر والدرر عن ابن الكمال من تقييد الشبهة بالشبهة في المحل غير صواب والصواب ابقاء كلام المصنف على اطلاقه ولهذا قال في الدرر ويدخل فيه شبهة الاشتباه (قوله فيخرج وطء معتدة الخ) نشر غير مرتب حموي وهو ظاهر اذ لو قصد الترتيب فيه لاخر معتدة الثلاث عن أمة ابويه وزوجته ليكون ذلك على وفق اللف في قوله قبله أي ملك يمين ونكاح والتقييد بمعتدة الثلاث لا للاحتراز عن معتدة الكنايات بل ليعلم الحكم فيها بالاولى لانه اذا لم يقم عليه بوطء معتدة الثلاث ان ظن الحل مع ان الشبهة فيها من شبهة الفعل فكذا لا حد عليه بوطء معتدة الكنايات مطلقا ظن الحل ام لا بالطريق الاولى لان الشبهة فيها من قبيل شبهة المحل ووجه الاولوية ما سيأتي في المتن من ان النسب ثبت في الاولى أي شبهة المحل دون الثانية (قوله ان ظن حلها) قيد في المسائل الثلاث كما سيأتي في المتن حموي وفي المحيط لو تزوج بها أو اشتراها لا يسقط الحد في ظاهر الرواية لانه لا شبهة له وقت الفعل نهر (قوله عند الحاكم) المراد بالحاكم القاضي أو الامام لا ما يعم المحكم حموي (قوله بشهادة أربعة) ولو كان الزوج منهم عندنا خلافا للشافعي بشرط ان لا يشهد انها زنت بولده سواء كان قبل الدخول أو بعده للتهمة لانه بشهادته قبله يريد اسقاط المهر وبعده اسقاط النفقة وتحد الثلاثة دون الزوج كذا في المحيط ويشترط ان لا يكون قذفها لانه يسعى في دفع اللعان عن نفسه وتحد الثلاثة أيضا كذا في الظهيرية فعلى هذا لو قال بعض الشهود ان فلانا قد زنى أو قال له زنيت ثم جاء وشهد عند القاضي لا تقبل لما ذكر في الزوج واتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة فلو جاؤا فرادى حدوا حد القذف بخلاف ما لو جاؤا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام الى القاضي واحد بعد واحد حيث تقبل الشهادة وفي اشتراط الاربع تحقيق معنى الستر وهو مندوب اليه بقوله عليه السلام من ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة فالشهادة بالزنى خلاف الاولى التي مرجعها الى كراهة التنزيه ويجب ان يكون بالنسبة لمن لم يعتده اما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به فيجب كون الشهادة أولى من تركها نهر وبحر فلو كان أحد الزانيين متهتكا دون الآخر هل يعتبر جانب المتهتك فتكون

(خال عن ملك) أي ملك يمين ونكاح (و) عن (شبهته) فيخرج وطء معتدة الطلاق الثلاث وامة أبويه وزوجته ان ظن حلها (ويثبت) الزنى عند الحاكم (بشهادة أربعة) اي اربعة رجال فلا يثبت بعلم القاضي وانما ذكر هذا العدد لانه لا يثبت بشهادة اقل منه وانما قيدنا بالرجال لانه لا يثبت بشهادة النساء

الشهادة به اولى أو يعتبر جانب الآخر فيستصحب الستر لم أره (قوله بالزنى) وفيه ايماء الى انه لو شهد به اثنان وشهد آخران انه اقر به لا يحد ولا تحد الشهود أيضا بخلاف مالو كان الشاهد على الاقرار واحدا حيث تحد الثلاثة الذين شهدوا بالزنى نهر عن الظهيرية ولم يظهر لى وجه الفرق بين المسئلتين حيث وجب الحد فى الثانية دون الاولى وماذكره فى البحر من الفرق حيث قال ان شهادة الواحد على الاقرار لا تعتبر فبقى كلام الثلاثة قذفا انتهى فيه تأمل اذ شهادة الاثنين على اقراره غير معتبرة أيضا لما فى الدر من انه لا يثبت بالبينة على الاقرار ثم ظهر وجه سقوط حد القذف فيما اذا شهد اثنان انه اقر به لان شهادتهما تمام نصاب الشهادة بالنسبة لغير حد الزنى بخلاف شهادة الواحد على الاقرار فانها غير معتبرة أصلا (قوله لا بالوطء والجماع) لان لفظ الزنى هو الدال على فعل الحرام بخلاف الوطء والجماع وكلامه يعطى بظاهره انه لا يقوم لفظ مقام لفظ الزنى فلو قالوا وطئها محرما لم تقبل نهر قال فى الدر وظاهر الدر ران ما يفيد معنى الزنى يقوم مقامه انتهى ونص عبارة الدرر ويثبت بالشهادة بالزنى أو ما يفيد معناه وسيأتى انتهى لكن توقف الشيخ حسن فيه فقال وينظر هل تقبل الشهادة المجردة عن لفظ الزنى مع لفظ يفيد معناه تأمل انتهى قال شيخنا ووجه تردده انه لم يقف عليه فى كلام غيره وسنده الذى احال عليه هو ماذكره فى التعزير ان حد القذف يجب بصريح الزنى أو بما هو فى حكمه بان يدل عليه اللفظ اقتضاء كقوله فى غضب لست لابيك أو بابن فلان ابيه انتهى أى قال له لست بابن فلان وفلان أبوه (قوله أى القاضى) فى تفسير الامام بالقاضى نظر لانه لا يلائم قوله سابقا عند الحاكم حموى والظاهر انه تحريف من الناسخ والصواب ابدال أى بالواو وعليه فلا يرد ماذكره من عدم الملاءمة (قوله عن ماهيته) أى حقيقته وهو ما تقدم تعريفه بقول المصنف الزنى وطء الخ شرنبلالية ومافى البحر من ان ظاهر كلامهم انه ليس المراد بالماهية الحقيقة الشرعية غير مسلم ولهذا ذكر فى النهر بعد ان نقل عن الفتح مانصه فيسألهم الامام عن ماهيته أى ذاته لان الشاهد عساه عنى به غير ادخال الذكر فى الفرج بان ظن مماسة الفرجين حراما زنى أو كان يظن ان كل وطء محرم زنى يوجب الحد فلهذا الاحتمال يسأله عن الزنى ماهو انتهى فقال وهو ظاهر فى ان المراد بماهيته حقيقته الشرعية الا ان هذا يستلزم الاستغناء عن الكيفية والمكان لتضمن التعريف ذلك فهو من عطف الخاص على العام انتهى وكذا ماذكره الشارح من التعليل للسؤال عن الماهية بقوله لان من الناس من زعم ان الزنى كل وطء حرام وليس كذلك يفيد أيضا ان المراد بالماهية حقيقته الشرعية (قوله بان يقول كيف زنى اكراها أو طوعا الخ) هذا أحسن مما فى الدرر حيث قال وكيف هو فان الوطء قد يتم بلا التقاء الختانين ولهذا تعقبه فى الشرنبلالية بان التقاء الختانين وان لم يشترط لحقيقة الوطء لتصوره بدونهما فى الدبر لكن الكيف هو ان يكون طائعا أو مكرها انتهى ولم يرد المحشى بالوطء الذى لم يشترط له التقاء الختانين خصوص الوطء الموجب للحد بل أراد الوطء مطلقا (قوله أو فى حال الصبا) عطف على ماقبله باعتبار المعنى حموى (قوله أو الجنون) فلو كان يجن ويفيق فزنى فى الافاقة فانه يؤخذ بالحد وان قال زنيت فى حال جنونى لا حد عليه كالبالغ اذا قال زنيت فى حال الصبا بحر عن الظهيرية وقوله فانه يؤخذ بالحد أى حال افاقته حتى لو جن بعد الزنا تنتظر افاقته لاقامة الحد عليه لما سبق من انه لا يقام على مجنون وسكران لانهما ليسا من أهل الاعتبار واعلم انه لا فرق فى عدم اقامة الحد على المجنون وان كان وقت ما زنى مفيقا بين الجلد والرجم بل ينتظر افاقته أما بالنسبة للجلد فلما علم من ان المقصود من الحد الاعتبار والمجنون ليس من أهل الاعتبار كالسكران وأما بالنسبة للرجم فلما سيأتى فى الكلام على شرائط الاحصان من قول الشارح فلا يرجم المجنون وسيأتى ما يفيد انه لا يشترط لرجمه بعد الافاقة وطؤه زوجته بناء على ماهو المذهب من ان احصانه يعود بالافاقة الا فى رواية عن الثانى لا يعود الا بالوطء بعده (قوله فلا يجب الحد) الا اذا كان الخليفة مع العسكر أو وال فوض اليه أمر الحدود حموى عن البرجندى (قوله فان بينوه الخ) مفهومه انهم لو لم يزيدوا على قولهم انه زنى

(بالزنى لا بالوطء والجماع فيسألهم الامام) أى القاضى بعد شهادتهم (عن ماهيته) لان من الناس من يقول ما الزنى كل وطء حرام وليس كذلك (وكيفيته) بان يقول كيف زنى عم ان الزنى أكراها أو طوعا حتى اذا كان بأكراه لا يحد (و) عن (مكانه) بان يقول اين زنى لاحتمال ان يكون فى دار الحرب أو فى عسكر اهل البغى فلا يجب الحد (و) عن (زمانه) بان يقول فى اى زمان زنى لاحتمال تقادم عهد الزنى أو فى حال الصبا أو الجنون فلا يجب الحد (و) عن (المزنية) بان يقول بمن زنى لاحتمال انه زنى بجارية ابنه أو بمن له فيها ملك أو شبهة فلا يجب الحد (فان بينوه)

لايحد ولا الشهود أيضا ولو بين ثلاثة ولم يزد الرابع على الزنى لايحد أيضا نهر أما لو وصفوه بغير صفته فانهم يحدون بحر وفيه عن الخانية شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها ثم قالوا بفلانة لايحد الرجل ولا الشهود انتهى (قوله أى المذكور) أشار به الى وجه الافراد فى ضمير يبنوه والا فالقياس يقتضى جمعه بان يقال فان يبنوها لعود الضمير على الاوجه التى وقع السؤال عنها وهى الماهية وما عطف عليها (قوله وقالوا رأيناه الخ) أى بعد بيانه بالوجوه الخمسة كما يؤخذ من عبارة القدورى فما اشير اليه فى بعض الشروح من ان قوله وقالوا الخ بيان لقوله و يبنوه فيه نظر اذ بمجرد القول المذكور لا يتم البيان نهر والحاصل ان قولهم رأيناه وطئها كالميل فى المكحلة زيادة بيان احتيالا للدرء والا فالسؤال عن ماهيته كاف مع ان ظاهر كلامهم ان الحكم موقوف على بيانه بحر (قوله المكحلة) بضمتين يعنى ضم الميم والحاء شرنبلالية عن الفتح (قوله وعدلوا سرا وجهرا) اعلم ان القاضى لو كان يعلم عدالة الشهود لايجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك كما فى الفتح قالوا ويحبسه حتى يسأل عن الشهود كيلا يهرب بخلاف المديون حيث لايحبس قبل ظهور العدالة لان الحبس أقصى عقوبة فلا يجوز ان يفعل قبل الثبوت بخلاف الحدود فان فيها عقوبة أخرى اغلظ منه وحاصل التعديل سرا ان يبعث القاضى ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفهم فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة وحاصل التعديل علانية ان يجمع القاضى بين المزكى والشاهد فيقول هذا هو الذى زكيته بحر واعلم ان ماسبق عن فتح القدير من ان السؤال عن العدالة مقيد بما اذا لم يكن للقاضى علم بها جرى عليه فى النهر والدر لكن رأيت بخط شيخنا انه لايكتفى بعلمه عدالتهم والاكتفاء به بناء على انه يقضى بعلمه انتهى يعنى والمفتى به انه لا يقضى بعلمه (قوله حكم به) وينبغى ان يتفحص قبل الحكم عن حال المرأة والرجل حتى لو كانت المرأة بكرا أو الرجل مجبوبا لاحد عليه ولا على الشهود بخلاف ما اذا كان خصيا أو عنينا فانه يحد ذكره قاضيخان وشرط فى الحكم بالشهادة ان لا يقر بالزنى فانه لو أقر بالزنى بطلت الشهادة ولا يحد عند أبى يوسف وعند محمد يحد حموى عن البرجندى ونص عبارة النهر شهد عليه أربعة عدول بالزنى فأقر مرة واحدة ذكر السرخسى انه يحد يعنى بحكم الشهادة وقال غيره هذا قول محمد وعلى قول أبى يوسف لا يحد وكذا الخلاف لو أقر مرتين كما فى الشرح وقول أبى يوسف اصح كما فى الكافى واجمعوا انه لو أقر أربعا بطلت الشهادة الخ يعنى ويحد بحكم الاقرار بقى ان يقال عبارة النهر بظاهرها تقتضى ثبوت الاختلاف بين الصاحبين اذا أقر بالزنى مرة أو مرتين بعد ان شهد عليه الشهود به ولو قبل القضاء بالشهادة وليس كذلك فقد ذكر الشيخ شاهين ان اقراره بالزنا قبل القضاء بالشهادة يبطل الشهادة اتفاقا انتهى و يشهد لما ذكره الشيخ شاهين ما فى الدرر من تقييده الخلاف بما بعد القضاء بالشهادة ونصه ولو قضى بالبينة فأقر مرة لم يحد عند الثانى الخ واعلم ان المراد بالبينة فى قوله ولو قضى بالبينة الخ البينة التى شهدت عليه بالزنى كما صرحت بذلك عبارة النهر وان كان سياق كلامه ربما يوهم ان المراد بها البينة التى شهدت على اقراره لان ذلك يأباه قوله قبل ذلك فلا يثبت الحد بعلم القاضى ولا بالبينة على الاقرار (قوله أى بالزنى) أى بثبوت الزنى والمراد الحكم بموجب الزنى شرنبلالية (قوله أى باقرار الزانى أربعا) لانه زيد فى عدد شهادته احتيالا للدرء فيزاد فى عدد اقراره لذلك حموى (قوله وقال بعضهم المعتبر مجلس القاضى) وكلام المصنف محتمل لكل من القولين حموى (قوله والاول أصح) حتى لو سمع القاضى اقراره وراح والمقر جالس لا يعتبر عزمى زاده فان أقر أربع مرات فى مجلس واحد كان ذلك بمنزلة اقرار واحد وفى الظهيرية لو أقر كل يوم مرة أو كل شهر مرة فانه يحد انتهى لانه عليه السلام أخر الحد على ماعز الى ان تم اقراره أربعا فى أربعة مجالس نهر (قوله وقال الشافعى يكتفى بالاقرار مرة واحدة) كما فى سائر الحقوق ولنا حديث ماعز انه عليه السلام أخر اقامة الحد عليه الى ان تم اقراره أربعا فلو ظهر دونها لما أخرها عينى وماعز هو اسمه وهو ابن مالك الاسلمى من بنى أسلم والمرأة التى زنى بها اسمها فاطمة فتاة هزال وقيل منيرة وفى طبقات ابن سعد

أى المذكور وذكر بكلمة ان وهى تذكر فى أمر غير كائن لانه قلما يثبت الزنى بالبينة (وقالوا رأيناه وطئها) فى الفرج (كالميل فى المكحلة) أى وعاء الكحل (وعدلوا سرا وجهرا حكم) الامام (به) (و) يكتفى بظاهر العدالة (و) أى بالزنى ولا يكتفى (باقراره) أى باقرار الزانى يثبت الزنى (أربعا فى مجالسه الاربعة) الضمير فى مجالسه يرجع الى المقر وقال بعضهم المعتبر مجلس القاضى دون المقر فيرجع الى القاضى والاول أصح وقال الشافعى يكتفى بالاقرار مرة واحدة

مهيرة شيخ عبدالحى عن القسطلانى (قوله كلما أقرردّه) الا فى الرابعة فانه لا يردّه نهر عن الاصلاح وصدر الشريعة وقوله كلما أقرردّه بان يقول له ابك جنون ابك خبل حموى (قوله كامر) الكاف اسم بمعنى مثل صفة مصدر محذوف أى سأله سؤالا مثل ما مر حموى (قوله وقيل لا يسأل عن الزمان هنا) بخلاف الشهادة لان التقادم يمنعها دون الاقرار واذا لم يكن التقادم معه مسقطا فلا فائدة فى السؤال نهر (قوله والاصح ما فى المتن) من انه يسأله عن الزمان لفائدة هى جواز انه زنى فى حال صباه نهر (قوله فان بينه حده) انما قال فى الاول حكم به وهنا حده لانه فى البينة لا بد من الحكم للانكار بخلاف الاقرار حموى عن قرا حصارى (قوله فان رجع الخ) ولو رجوعه بالفعل كهروبه وانكار الاقرار رجوع كما ان انكار الردّة توبة وكذا يصح الرجوع عن الاقرار بالاحصان لانه لما صار شرطا للحد صار حقا لله تعالى فصح الرجوع عنه لعدم الكذب بحر وكذا سائر الحدود الخالصة كحد شرب وسرقة وان ضمن المال تنوير وشرحه واحترز بالحدود الخالصة عن حد القذف والقصاص وبه صرح فى النهر (قوله خلى سبيله) لان الرجوع خبر يحتمل الصدق ولا مكذب له فتحققت الشبهة (قوله محصنا) أحصن الرجل أى تزوج فهو محصن بفتح الصاد لانها من الكلمات التى جاء اسم الفاعل فيها على لفظ اسم المفعول كسهب واحصنت المرأة أى تزوجت فهى محصنة ومحصنة شيخنا عن نوح أفندى يقال اسهب الرجل اذا اكثر من الكلام فهو مسهب بفتح الهاء ولا يقال بكسرها شيخنا عن الصحاح (قوله رجمه) هذا محمول على ما اذا لم تدع المرأة أو الرجل نكاحا ذكر فى الظهيرية انه اذا أقر الرجل انه زنى بفلانة وقد اقر أربع مرات وفلانة تقول تزوجنى او أقرت المرأة اربع مرات وفلان يقول تزوجتها فلا حد على واحد منهما وعليه المهر حموى عن البرجندى وقوله وفلان يقول تزوجتها شامل لما لو كانت زوجة الغير وبه صرح فى متن التنوير وكذا يشترط لاقامة الحد عليه بالاقرار أن يكون الاقرار صريحا فلا يحد الاخرس بكتابة وكذا لو أقر انه زنى بخرساء أو هى اقرت انها زنت باخرس لا حد على واحد منهما ووجهه فى المحيط بجواز أنها لو تكلمت ابدت ما يسقط الحد وقيل يشكل عليه ما قالوا لو أقر انه زنى بغائبة حد استحسانا مع أنه يحتمل ان تذكر ما يوجب سقوط الحد اذا حضرت فيحتاج الى الفرق نهر قال شيخنا تغمده الله برحمته قد صرح الزيلعى فى الباب الآتى بالفرق حيث قال بخلاف ما اذا أقر انه زنى بغائبة أو شهد عليه بذلك حيث يحد وان احتمل ان ينكر الغائب الزنى أو يدعى النكاح لانه لو حضر وأنكر الزنى أو ادعى النكاح يكون شبهة واحتمال ذلك يكون شبهة الشبهة فالشبهة هى المعتبرة دون شبهة الشبهة انتهى قال ثم ظهر لى انه لا يصلح فارقا لما ان شبهة الشبهة ثابتة فى المسئلتين اذ دعوى الخرساء على فرض نطقها ما يسقط الحد هو الشبهة وجواز أنها لو تكلمت ابدته شبهة الشبهة فكان الاحتياج الى ابداء الفرق باقيا انتهى بلفظه (قوله يبدأ به الشهود) ولو بحصاة صغيرة الا لعذر كمرض فيرجم بحضرتهم در وكذا يرجم بحضرتهم لو كانوا مقطوعى الايدى بخلاف ما اذا قطعت أيديهم بعد الشهادة وانما اشترطت بداءة الشهود بالرجم لان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع حموى عن البرجندى واعلم أن بداءة الشهود بالرجم شرط بدليل قول المصنف فان أبوا سقط نهر وبدليل قول الشارح وقال أبو يوسف فى رواية لا تشترط بداءة الشهود ويصطفون لرجمه كصفوف الصلاة كلما رماه صف تأخر وتقدم غيره ولو قتله انسان أو فقأ عينه بعد القضاء بالرجم فهدر وينبغى ان يعزر لافتياته على الامام ولو قبل القضاء بالرجم يجب القصاص فى العمد والدية فى الخطأ لان الشهادة قبل الحكم بها لا حكم لها تنوير وشرحه (قوله وقال أبو يوسف الخ) لنا ما روى عن على رضى الله عنه انه قال حين رجم شراحة الهمدانية ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرمى الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها اقرت فانا أول من رماها بحجر قال الراوى ثم رمى الناس وأنا فيهم والهمدانية بسكون الميم نسبة الى همدان بسكون الميم حى من العرب عناية (قوله أو بعضهم) ولو عبر به لكان أولى نهر بان قال فان أبى بعضهم

(كلما أقر رده) القاضى او الحاكم حتى يذهب ويغيب عن بصره ثم يجىء ويقر (ويسأله) بعدما أقر اربع مرات عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزنية (كامر) وقيل لا يسأل عن الزمان هنا والاصح ما فى المتن (فان بينه) أى بين المقر ما سأله (حده فان رجع) المقر عن اقراره قبل ما يحد أو فى وسطه (خلى سبيله) وتركه ولم يحد ولم يتم وقال الشافعى وابن أبى ليلى يحد (وندب) للامام (تلقينه بلعلك قبلت او لمست او وطئت بشبهة) أو تزوجتها (فان كان) المشهود عليه بالزنى او المقر به (محصنا رجمه) بالحجارة (فى فضاء) أى مكان واسع (حتى يموت يبدأ الشهود به) اى بالرجم وقال ابو يوسف فى رواية والشافعى لا يشترط بداءة الشهود (فان ابوا) كلهم أو بعضهم

(قوله أوغابوا اوماتوا الخ) ولو بعد القضاء لان الامضاء من القضاء فى الحدود وهذا لو محصنا أما غيره فيحد فى الموت والغيبة در (قوله أوقذف فحد) لخروجه عن أهلية الشهادة (قوله سقط الرجم لانه) أى اباء الشهود دلالة الرجوع ولا يحدون لان امتناعهم ليس صريحا فى الرجوع وقيل يحدون والاول رواية المبسوط نهر وكذا يسقط ذا جنوا وارتدوا عينى (قوله ثم يبدأ الامام) لم يقل فان ابى سقط الحد لان رميه ليس حتما اذ حضوره غير لازم نهر عن الايضاح خلافا لما فى الفتح (قوله ثم الناس) لما روينا من أثر على زيلعى وقول العينى لما رويناسهو لانه لم يتقدم له ذلك ويستحب للامام ان يأمر طائفة من المسلمين ان يحضروا الاقامة الحدود لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين حموى عن الدراية واختلف فى عددها فعن ابن عباس واحد وقال عطاء اثنان والزهرى ثلاثة والحسن البصرى عشرة وفى الشرنبلالية عن مالك أربعة وهذا صريح فى أن حضورهم ليس شرطا فرميهم كذلك فلو امتنعوا لم يسقط ويستحب أيضا لكل راجم ان يقصد القتل لانه المقصود الا أن يكون ذا رحم محرم فيلتفى بغيره كذا فى الفتح تبعا لما فى الايضاح الا أنه فى المحيط قال يكره لذى الرحم المحرم ان يلى اقامة الحد والرجم نهر قلت ظاهره ولو كان ذو الرحم المحرم قاضيا فليراجع حموى وان فعل ذو الرحم المحرم لا يحرم الميراث در وقد سأل بعض الطلبة بالدرس عن ذى الرحم اذا كان أحد الشهود هل يسقط الحد عن المشهود عليه بالزنى لكونه ممنوعا من البدء برجمه فاجبت بان الظاهر عدم سقوطه فيرجم بحضرته ويجعل ذلك عذرا على نحو ما سبق من ان اشتراط البدء بالشهود مقيد بعدم قيام العذر بهم كمرض (قوله ويبدأ الامام به لو مقرا) مقتضاه انه لو امتنع لم يحل للقوم رجمه وان أمرهم لفوات شرطه فتح لكن سيجىء انه لو قال قاض عدل قضيت على هذا بالرجم وسعك رجمه وان لم تعاين الحجة در وأقول يمكن حمل ما سيجىء على ما اذا لم يمتنع القاضى من البدء برجمه فلا يخالف حينئذ ما ذكره فى الفتح (قوله جلدا متوسطا) أشار به الشارح الى ان متوسطا صفة مصدر محذوف ويجوز ان يكون حالا من جلده أو من الجلاد (قوله بين المبرح وغير المؤلم) فيكون مؤلما غير جارح ولو كان ضعيف الخلقة يخيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله شرنبلالية وهذا هو المراد مما سبق عن النهر من ان النحيف يجلد بقدر ما يطيق أى جلدا خفيفا بحسب ما يطيقه وأما استيفاء العدد المنصوص عليه وهو مائة فى الحر ونصفها فى العبد فلا ينقص عنه (قوله ونزع عنه ثيابه) فى سائر الحدود سوى حد القذف حموى عن المفتاح (قوله وفرجه) لقوله عليه السلام اتق الوجه والمذاكير درر وفيه ان الدليل على بعض المدعى دون البعض وهو الرأس فكان ينبغى أن يقال كما فى الهداية بعد الحديث ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن من فوات شىء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى انتهى شرنبلالية والمذاكير جمع الذكر بمعنى العضو المعروف على خلاف القياس فرقا بين جمعه وجمع الذكر المقابل للانثى فانه يجمع على ذكران ثم جمعه على اعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت مفارقه واعاله مفرق واحد وقال الاخفش هو من الجموع التى لا واحد لها نوح أفندى والمفرق بكسر الراء وفتحها وسط الرأس وهو الموضع الذى يفرق فيه الشعر وكذا مفرق الطريق وهو الموضع الذى يتشعب من طريق آخر مختار الصحاح (قوله غير ممدود) ولم ار لقضاة زماننا سلفا فى مده فى التعزير على الارض والظاهر انه لا يجوز لانه خلاف المشروع لما اخرجه عبد الرزاق عن على انه قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة فى الحد نهر (قوله وقيل ان لا يطرح الخ) والخلاف انما هو فى بيان المعنى المراد من قوله غير ممدود مع اتفاقهم على كراهة كل منهما اشار الى ذلك الشارح بقوله وكل ذلك لا يفعل (قوله وكل ذلك لا يفعل) فلفظ ممدود معمم فى جميع معانيه لانه فى النفى فجاز تعميمه وان امتنع ولم يقف لا بأس بربطه على اسطوانة أو يمسك حموى (قوله ولا ينزع ثيابها الا الفرو) الا أن لا يكون لها الا ذلك حموى عن الخزانة (قوله ويحفر لها) لانه عليه السلام حفر للغامدية الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء المثلثة والهمز مكان الواو وبفتحها مع الواو

مفتوحة

أوغابوا اوماتوا اومات بعضهم اوصار اعمى اوانحرس اوارتد اوقذف فحد (سقط) الرجم عندهما وهو رواية عن أبى يوسف (ثم) يبدأ (الامام) بالرجم (ثم الناس) ويبدأ الامام به (لو) كان (مقرا ثم الناس) ويغسل ويكفن ويصلى عليه (ولو) كان المشهود عليه (غير محصن جلده مائة) بالزنى او القربة سواء كان رجلا أو امرأة ان كان حرا مطلقا وهو خمسون (ونصف للعبد) (بسوط) اى جلده بسوط (لا ثمرة له) (متوسطا) بين المبرح والمؤلم وغير المؤلم جلدا ثمرة السوط مستعارة من ثمرة الشجر وهى ذنبه وطرفه كذا فى المغرب لكن المشهور فى الكتب لا ثمرة له اى لا عقدة له (ونزع) عنه (ثيابه) سوى الازار (وفرق) الضرب (على بدنه) الا رأسه ووجهه وفرجه وقال الشافعى يخص به ظهره وقال أبو يوسف آخرا ضرب الرأس ايضا سوطا (ويضرب الرجل) حال كونه (قائما فى الحدود) كلها (و) التعزير حال كونه (غير ممدود) والمراد ان الجلاد لا يمد يده فوق رأسه وقيل مراده انه لا يمده بعد ما وقع السوط على بدن المجلود وقيل ان لا يطرح على الوجه كما يفعل لا يمد رجلاه وكل ذلك لا يفعل ولا يمد رجلاه لما فيه من زيادة المستحق والرجل والمرأة فى ذلك سواء (ولا ينزع) عنها (ثيابها الا الفرو والحشو وتضرب) المرأة (جالسة ويحفر) لها (فى الرجم) الى الصدر

مفتوحة ثدي الرجل أولحم الثديين والدال مضمومة في الوجهين شرنبلالية عن الفتح وعبارة الدرر وجاز الحفر لها لانه عليه السلام حفر للغامدية وان ترك لا بأس به لانه عليه السلام لم يأمر به وهي مستورة بثيابها انتهى فان قلت في كلامه تناقض لان المراد من قوله لانه عليه السلام حفر للغامدية اى أمر بذلك قلت لا تناقض كما في الشرنبلالية اذ المراد من قوله لم يأمر به أي لم يوجبه بناء على ان حقيقة الامر هو الايجاب (قوله لا له) أي لا يجوز الحفر له ذكره الشمني ولا يربط ولا يمسك ولو هرب فان مقرا لا يتبع والا اتبع حتى يموت در وانما لا يجوز الحفر لما ذكره العيني عن أبي سعيد فوالله ما حفرنا لماعز ولا اوثقناه الحديث وقال عبد الله بن بريدة عن أبيه حفر للغامدية الى صدرها رواهما مسلم وأحمد وأبو داود انتهى قال ابن حجر في التقريب عبد الله بن بريدة ثقة من الثالثة أي من اوساط التابعين مات سنة خمس ومائة وقيل بل خمس عشرة وله مائة سنة وبريدة هو ابن الحصيب بالمهملتين مصغرا أبو سهل الاسلمي صحابي اسلم قبل بدر مات سنة ثلاث وستين انتهى (قوله بلا اذن امامه) لما روى العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا أربعة الى الامام الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولو فعله هل يسقط عن العبد أم يعيده الامام لم أره والظاهر أنه يعيده لما قدمناه من ان ركنه اقامة الامام أو نائبه نهر وانما ملك تعزير عبده لانه حق العبد شرنبلالية عن البحر (قوله مطلقا) في مقابلة التفصيل الآتي عند الامام الشافعي (قوله وقال الشافعي له ان يقيم الحدود الخ) له ما ورد من انه عليه السلام أمر المولى باقامة الحد على أمته ولا يثرب عليها ولنا ما سبق بيانه عن العبادلة والتثريب التعيير والاستقصاء في اللوم يقال لا تثريب عليك وقال الاصمعي ثربت عليه اذا قبحت عليه فعله كذا في الصحاح (قوله فلا يرجم المجنون) هو باطلاقه شامل لما لو كان مفيقا وقت الزنى ولا ينافيه ما سبق من انه اذا كان زنى حالة الافاقة أخذ بالحد لانه محمول على ما اذا كان وقت اقامة الحد مفيقا أيضا واعلم انه كما لا يرجم المجنون وان كان وقت الزنى مفيقا بل تنتظر افاقته فكذا لا يجلد ان لم يكن محصنا بل تنتظر افاقته أيضا (قوله وهما بصفة الاحصان) وبقي شرط آخر وهو ان لا يبطل احصانهما بالارتداد فان بطل به ثم أسلم لا يعود الا بالدخول بعده وعن محمد لو لحقت الزوجة بدار الحرب مرتدة وسبيت لا يبطل احصان الزوج ولو زال بالجنون والعته يعود بالافاقة وعن الثاني لا يعود الا بالوطء بعده نهر لكن ما جعله في النهر رواية عن أبي يوسف جعله الزيلعي مذهبا له (قوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكتابية و المجنونة الى قوله لا يكون محصنا) يعني الا اذا دخل بها ثانيا بعد زوال جنونها ونحوه بان افاقت أو اسلمت وكذا يقال في عكسه وهو ما ذكره الشارح بقوله وكذا اذا كان الزوج متصفا الخ لا تكون محصنة الا اذا دخل بها ثانيا بعد ما اسلم ونحوه كعتقه وافاقته وفي قول الشارح ثم وطئها الزوج الكافر ايماء الى ان المراد بالدخول في كلامه أولا حقيقة الوطء لا ما يعم الخلوة (قوله وكذا اذا كان الزوج متصفا باحدى هذه الصفات الخ) ولهذا قال في الدر تفريعا على الشرط السابع فاحصان كل منهما شرط لصيرورة الآخر محصنا (قوله ولم يتعرض الخ) أي لم يذكر انه هل يشترط دوام هذه الاوصاف الى حين الخ (قوله ما سوى النكاح والدخول) من المعلوم ان الدخول بمعنى الوطء كما سبق فعطفه على النكاح يعين ان المراد بالنكاح هنا العقد (قوله حتى لو ماتت امرأته الموطوءة الخ) وكذا لو طلقها كما في التنوير والتقييد بالموطوءة للاحتراز عما لو ماتت أو طلقها قبل الوطء حيث لا يكون محصنا واعلم أنه لو ابدل هذه العبارة بقوله حتى لو مات أحدهما بعد الوطء لم يزل احصان الآخر لكان أولى اذ لا فرق بينهما في هذا الحكم واعلم ان شرائط الاحصان نظمها بعضهم كما في الدر فقال

شروط احصان اتت ستة * فخذها على النص مستفهما
بلوغ وعقل وحرية * ورابعها كونه مسلما
وعقد صحيح ووطء مباح * متى اختل شرط فلا يرجما

انتهى وأقول في هذا النظم قصور لعدم ذكر الشرط السابع وهو أن يكونا بصفة الاحصان زمان الدخول

(لا له ولا يحد) المولى (عبده) او امته (بلا اذن امامه) مطلقا وقال الشافعي له ان يقيم الحد الذي هو محض حق الله تعالى ان عاين سببه او اقر بين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان وهذا اذا كان المولى ممن يملك اقامة الحد بولاية الامام فان كان مكاتبا او ذميا او امرأة فليس له ولاية اقامة الحدود على مملوكه (واحصان الرجم الحرية) فلا يرجم المرقوق وافرا كان او ناقصا (والتكليف) فلا يرجم المجنون والصبي (والاسلام) فلا يرجم الكافر وقال الشافعي الاسلام ليس بشرط وهو رواية عن ابي يوسف (والوطء بنكاح صحيح) فلا يرجم ما كان بنكاح فاسد او بشبهة وهما بصفة الاحصان زمان الدخول بحكم النكاح حتى لو دخل بالمنكوحة الكتابية او المجنونة او الصبية او المرقوقة لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج متصفا باحدى هذه الصفات وهي حرة بالغة مسلمة بان اسلمت قبل ان يطأها ثم وطئها الزوج الكافر قبل ان يفرق بينهما فانها لا تكون محصنة بهذا الوطء ثم في الكتاب لم يتعرض الى شرط هذه الاوصاف الى حين اقامة الحدود وذكر في المبسوط انه يشترط بقاء هذه الاوصاف ما سوى النكاح والدخول حتى لو ماتت امرأته الموطوءة أو مات هو لا يزول احصان واحد منهما ثم المعتبر في الدخول الايلاج في القبل

قوله شروط الخ الشرط الاول وزنه غير وزن ما بعده

(قوله على وجه يوجب الغسل) فلا يشترط الانزال (قوله ولا يجمع بين جلد ورجم) لانه عليه السلام لم يجمع بينهما فى ماعز ولا فى الغامدية ولا فى المرأة التى زنى بها العسيف بل رجمهم من غير جلد يعنى وأما جلد على شراحة ثم رجمها فالانه لم يثبت عنده احصانها الابعد جلدها أوهو رأى لا يقاوم اجماع الصحابة ولا ماذكرنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شرنبلالية ولانه لا فائدة فى الجلد عند استحقاق الرجم حموى (تتمــة) قال الحافظ فى مقدمة الفتح العسيف وأبوه والمستأجر وامرأته لم أعرف اسماءهم (قوله ولا بين جلد ونفى) يقال نفى فلان من بلده اذا أخرج كذا فى المغرب وفيه رد لما ذهب اليه الشافعى من أن تمام حد غير المحصن ان يخرج بعد الجلد الى موضع بينه و بين الزانية مسيرة سفر حموى (قوله ولو غرب الخ) قال المولى عزمى غرب بقدر ما يرى من التغريب بعدا اوقربا على ما يظهر من كلام الزيلعى وأقول الذى فى الزيلعى عن النهاية المراد بالتغريب الحبس قال الشاعر

ومن يك امسى بالمدينة رحله * فانى وقيار بها لغـريب

أى لمحبوس وهو أحسن وأسكن للفتنة من نفيه الى اقليم آخر لانه بالنفى يعود مفسدا كما كان ولهذا كان الحبس حدا فى ابتداء الاسلام وحمل النفى فى قطاع الطريق عليه انتهى (قوله صح) أى سياسة وهذا لا يختص بالزنى بل فى كل جناية رأى الامام المصلحة فى النفى فله ذلك حموى عن البرجندى وظاهر كلامهم ان السياسة هى فعل شئ من الحاكم لمصلحة يراها وان لم يرد بذلك الفعل دليل خبرى بحر وسمعت من شيخنا تغمده الله برحمته ان الحكم بالسياسة شرع مغلظ الا أنه لا دخل للقاضى فيها ولا للمفتى ورأيت بخط السيد الحموى ان السياسة شرع مغلظ والسياسة نوعان سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم وتدفع كثيرا من المظالم وتردع أهل الفساد ويتوصل بها الى المقاصد الشرعية فالشريعة توجب المصير اليها والاعتماد فى اظهار الحق عليها وهى باب واسع فمن أراد تفصيلها فعليه بمراجعة كتاب معين الحكام للقاضى علاء الدين الاسود الطرابلسى الحنفى انتهى واياك ان تفهم من قوله فالشريعة توجب المصير اليها الخ أن يكون للقاضى أوالمفتى دخل فيها وانما المراد ان يكون العمل بها جائزا شرعا بالنسبة لغير القاضى والمفتى كالسلطان ونائبه اذا غلب على ظنه ان ظهور الحق يتوقف على العمل بها (قوله لا يجلد حتى يبرأ) لانه شرع زاجرا لا متلفا ولهذا لا يقام الحد فى شدة الحر ولا فى شدة البرد وروى ان رجلا ضعيفا زنى فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام اضربوه حده فقالوا يارسول الله ضعيف لو ضربناه مائة سوط قتلناه فقال عليه السلام خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ ثم اضربوه ضربة واحدة قال ففعلوا زيلعى والعثكال والعثكول عنقود النخل والشمراخ شعبة منه وهو بالعين المهملة والثاء المثلثة بحر عن المغرب واستثنى فى الظهيرية ما اذا وقع اليأس من برئه فيقام عليه ولو كان ضعيف البدن يقام عليه بقدر ما يطيق وما مر عن الظهيرية من أنه يؤخر الى برئه محمول على ما اذا لم يطق شيئا نهر (قوله والحامل لا تحد) لكن تحبس اذا كان زناها ثابتا بالبينة لا بالاقرار نهر قال الوانى وان ادعت المرأة انها حبلى لا يقبل قولها لكن القاضى يريها النساء فان قلن حبلى حبسها الى حولين فان لم تلد رجمها انتهى وهذا وان اطلقه يحمل على ما اذا ثبت زناها بالبينة والا لا تحبس يدل عليه ما نقلناه عن النهر من أن الحامل لا تحد لكن تحبس اذا كان زناها ثابتا بالبينة لا بالاقرار وما سبق عن الدرر من أنه اذا هرب فان كان مقرا لا يتبع (قوله مطلقا) سواء كان حدها الجلد أو الرجم لانه يخاف الهلاك على الولد وله حرمة الآدمى وان كان من الزنى لعدم الجناية منه ولما ورد من انه عليه السلام أخر الرجم عن الغامدية حتى وضعت حين اقرت بين يديه عليه السلام بانها حبلى من الزنى زيلعى (قوله وتخرج من نفاسها) لو كان حدها الجلد لان النفاس نوع مرض فينتظر البرء ولما ورد عن على انه اخر جلد الزانية حين أمره عليه السلام بجلدها فرآها حديثة عهد بالنفاس وخاف الهلاك عليها فاخبره بذلك فقال له عليه السلام احسنت زيلعى (قوله ترجم بعد الولادة فى الحال) لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل زيلعى (قوله وعن أبى حنيفة تؤخر الى

ان

على وجه يوجب الغسل وانما قال
احصان الرجم لان احصان حد
القذف غير هذا كما سيأتى ان شاء الله
(ولا يجمع بين جلد ورجم) فى المحصن
بل يرجم فقط وقال اصحاب الظواهر
يجلد ثم يرجم (و) لا يجمع بين (جلد
ونفى) فى غير المحصن وقال الشافعى
يجمع بينهما (ولو غرب) الامام (بما) اى
بمدة (يرى المصلحة فيه صح و) اذا زنى
(المريض) وحده الرجم (يرجم و)
اذا زنى وكان حده الجلد (لا يجلد حتى
يبرأ و) اذا زنت (الحامل لا تحد) مطلقا
سواء كان حدها الجلد او الرجم وسواء
كانت مريضة اولا (حتى تلد وتخرج
من نفاسها لو كان حدها الجلد) وان
كان حدها الرجم ترجم بعد الولادة فى
الحال وعن أبى حنيفة تؤخر الى

أن يستغني الولد الخ) لما روى من أنه عليه السلام أخر رجم الغامدية حتى استغنى ولدها روى أنها أتت النبي صلى الله عليه وسلم فاقرت بالزنى وانها حبلى وامرته ان يطهرها فقال لها اذهبي حتى تلدي ثم اتته به بعد الولادة فقال اذهبي فارضعيه حتى تفطميه ثم أتته به بعد ان فطم وفي يده كسرة خبز فقالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع النبي صلى الله عليه وسلم الصبي الى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها الى الصدر وأمر الناس فرجموها فاصاب الدم وجه خالد فسبها فسمع النبي عليه السلام سبه فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ثم أمر بها وصلى عليها ودفنت واعلم ان الرواية عنه عليه السلام اختلفت فروى عنه انه أخر الرجم عن الغامدية حتى استغنى ولدها وفطم وروى انه أمر برجمها حين وضعت حين تكفل رجل من الانصار بارضاع ولدها قال الزيلعي والتوفيق بين الحديثين انه يحتمل ان تكون امرأتان من غامد فاخر رجم احداهما الى ان فطم ولدها دون الاخرى ويحتمل ان تكون احداهما من قبيلة أخرى فغلط الراوي (قوله الى أن يستغني الولد الخ) وبهذه الرواية جزم في المختار واستحسنها في النهر قلت يؤخذ منه انه اذا لم يستغن الولد وليس له من يقوم به تؤخر الى استغنائه بالطريق الاولى حموي

(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

لقيام الشبهة اذ الشبهة دارئة للحد بالاجماع لقوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم وهذا الحديث تلقته الامة بالقبول كما في الدرر ولا التفات الى خلاف ابن حزم الظاهري واصحابه الظاهرية شيخنا قال والمراد من كون الشبهة دارئة للحد أي دافعة له قال في المختار درأ دفع وبابه قطع انتهى وأخر هذا الباب لان النوع بعد وجود نفس الشيء حموي عن المفتاح وذكر في النهر ان ما اشتمل عليه هذا الباب تفصيل لما قدمه المصنف من الزنى الموجب للحد (قوله لا حد بشبهة المحل) وهي النافية للحرمة ذاتا على معنى انا لو نظرنا الى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافيا للحرمة ولما كان الخلو عن الشبهة مأخوذا في تعريفه أي تعريف الزنى ومنها ما لا يعتبر شبهة بدأ ببيان الشبهة نهر ومتى ادعى شبهة بغيرا كراه سقط الحد بمجرد دعواه ولا يسقط بدعوى الاكراه الا أن يقيم البينة بحر ووجهه انه اذا ادعى الاكراه يكون مقرا بوجوب الحد عليه الا أنه يدعي سقوطه بخلاف دعوى الشبهة بغير اكراه شيخنا واعلم ان المراد بالمحل في قوله لا حد بشبهة المحل هو الموطوءة صرح به العيني وقال الزيلعي أي لا يجب بشبهة وجدت في المحل وان علم حرمته لان الشبهة اذا كانت في الموطوءة ثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنى فامتنع الحد لان الدليل المثبت للحل قائم وان تخلف عن اثباته حقيقة لمانع فاورث شبهة فلهذا سمي هذا النوع شبهة في المحل لانها نشأت عن دليل موجب للحل في المحل بيانه ان قوله عليه السلام انت ومالك لابيك يقتضي الملك لان اللام فيه للملك الخ (قوله وتسمى هذه الشبهة شبهة حكمية وشبهة ملك) أي الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل نهر عن الفتح (قوله وذا بقيام دليل الخ) كان الصواب ان يقول وذي لان الاشارة للشبهة وهي مؤنثة وقد يقال انما ذكر اسم الاشارة الراجع للشبهة لان الشبهة لا مذكر لها اذ لا يقال في المذكر شبه وانما يجب تمييز المؤنث عن المذكر حيث كان هناك مذكر او يقال ذكره تأويل الشبهة بالاشتباه حموي (قوله وان ظن الواطئ أو علم) فيه انه لا مباينة بين الظن والعلم حتى يصح العطف باو حموي لان علم الفقهاء ظني شيخنا (قوله كوطء أمة ولده الخ) ولهذه المسائل اخوات منها الجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لانها في ضمانه ويده وتعود الى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكان مسلطا على الوطء بالملك واليد وقد بقيت اليد فتبقى الشبهة وكذا في البيع الفاسد قبل القبض وبعده لانه ثبت له حق الملك فيها وكذا اذا كان بشرط الخيار ومنها جارية مكاتبه أو عبده المأذون له وعليه دين محيط بماله ورقبته لان له حقا في كسب عبده

ان يستغني الولد عنها اذا لم يكن أحد يربيه
(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه) والشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت (لا حد بشبهة المحل) وتسمى هذه الشبهة شبهة حكمية وذا بقيام دليل نافي للحل في المحل وامتناع عمله لمانع (وان ظن) الواطئ أو علم (حرمته) أي المحل (كوطء أمة ولده و

فيكان شبهة فى حقه ومنها الجارية المهورة قبل التسليم فى حق الزوج لما ذكرنا من المعنى فى المبيعة ومنها جاريته المشتركة بينه و بين غيره لان ملكه فى البعض ثابت حقيقة فتكون الشبهة فيها أظهر ومنها المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن زيلعى ولا فرق بين ان يكون الخيار للمشترى اوللبائع ويدخل فيه وطء الرجل من الغانمين قبل القسمة جارية من الغنيمة بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله وفيه عن الفتح ينبغى ان يزاد جاريته التى هى أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والزوجة التى حرمت بردتها اومطاوعتها الابنه أو جماعه لامها أو بنتها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن ان يدرأ بذلك الحد وروى الحسن عن أبى حنيفة انه اذا زنى بامة ثم اشتراها لاحد عليه وان زنى بحرة ثم تزوجها فعليه الحد والفرق انه بالشراء يملك عينها فيحصل الطارئ قبل الاستيفاء أى قبل استيفاء الحد كالمقترن بالسبب كما لو ملك المسروق قبل القطع يمتنع القطع فاما بالنكاح لا يملك عين المرأة بحر ومقتضى هذا الفرق انه لا يسقط عنه الحد اذا تزوج الامة بعد ما زنى بها مع انه حكى فيه خلافا ونقل الحموى عن الظهيرية انه اذا زنى بالمغصوبة ثم ضمن قيمتها لاحد عليه ولو زنى بامة ثم اشتراها حد فى ظاهر الرواية وعن الامام انه لا يحد ويحد فى قول أبى يوسف وقياس هذا فى المغصوبة انه يحد عندهما خلافا له انتهى (قوله وولد ولده) وان سفل ولو ولده حيا وان لم يكن له ولاية تملك ماله حال قيام ابنه شرنبلالية عن الفتح واعلم ان تعبير المصنف بالولد أولى من تعبيره فى الدرر بالابن اذ لا فرق فى هذا بين الذكر والانثى كما فى الشرنبلالية أيضا واعلم ان الشبهة فى الامة التى لا وارث لها من قبيل الشبهة فى المحل شيخنا (قوله ومعتدة الكنايات) لانها رواجع عند بعض الصحابة ومنها الخلع اذا خلى عن المال نهر لكن فى الشرنبلالية بخلاف وطء المختلعة لانها ليست من ذوات الشبهة الحكمية واخطأ من بحث وقال ينبغى كونها من ذوات الشبهة الحكمية كذا فى الفتح انتهى والمراد ببعض الصحابة القائل بأن الكنايات رواجع هو سيدنا عمر وابن مسعود شيخنا (قوله ان ظن حله) سواء كان الرجل أو المرأة فانه يسقط الحد عنهما شيخنا عن الشيخ حسن والمراد من ظن الحل دعوى الظن وان لم يحصل له الظن وما ذكره العينى من تقييده بالواطئ حيث قال ان ظن الواطئ حله اما ان يقال انه اتفاقى او هو مخرج على ما رواه الحسن عن أبى حنيفة من ان الشبهة فى جانب المرأة لا تعتبر حتى اذا ادعت الحل ولم يدع الرجل حد كما سيأتى (قوله وتسمى هذه الشبهة شبهة اشتباه) أى شبهة فى حق من حصل له اشتباه درر فالاستناد الى غير دليل الحل اشتباه وظنه الحل منه شبهة شيخنا (قوله وهو ان يظن الخ) الضمير راجع للشبهة وذكر باعتبار اكتسابه التذكير من المضاف اليه ويقال فيما تقدم مثله حموى (قوله ان ظن غير دليل الحل دليلا) قال فى النهر وتثبت باشتباه غير الدليل دليلا لم يقل بظن لان الظن هو نفس الشبهة كذا فى ايضاح الاصلاح (قوله وهو يتحقق الخ) عبارة الدرر وهى تتحقق فى حق من اشتبه عليه لا من لم يشتبه عليه (قوله فى حق من اشتبه عليه) أى الحرمة بالحل حموى (قوله أولم يعلم) أى الحرمة وفى العطف باو على ما قبله تأمل حموى (قوله أو يعلم) فى العطف باو تأمل حموى (قوله فلا بد من الظن الخ) كقوم سقوا خمرا فحد من علم منهم انه خمر لا من لم يعلم درر وقوله فلا بد من الظن أى من دعوى الظن والا فمجرد الظن القائم به لا يحقق الشبهة حموى ولو ادعى ظن الحل أحدهما فقط لم يحدا حتى يقرا جميعا بعلمهما بالحرمة نهر وعن هذا ذكر بعضهم ان كل ما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهو منقوض بزنى المكره بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة بحر (قوله كمعتدة الثلاث) ولو جملة درر والبائن على مال وكذا المختلعة اما البائن على غير مال فمن الحكمية نهر فان قلت ذكر صاحب النهر المختلعة هنا يشكل بما وقع منه فيما سبق حيث قال بعد قول المصنف ومعتدة الكنايات ودخل فى الكنايات الخلع اذا خلى عن المال وعزاه الى النسفى قلت ما سبق خطأ وان جرى عليه بعضهم كشارح التنوير وغيره كما تقدم التنبيه عليه معزيا للشرنبلالية (قوله أى كوطء معتدة الثلاث) كذا أم ولده التى أعتقها وهى فى عدته (قوله

وطء امة (ولد ولده و) وطء (معتدة
الكنايات) بأن قال لها أنت بائن
أو نحو ذلك وأراد به البينونة أو الثلاث
ثم جامعها فى عدتها (و) لا حد (بشبهة
الفعل ان ظن حله) وتسمى هذه الشبهة
شبهة اشتباه وهو ان يظن غير دليل
الحل دليلا وهو يتحقق فى حق من
اشتبه عليه أو لم يعلم دون من لم يشتبه
عليه أو يعلم فلا بد من الظن ليتحقق
الاشتباه (كمعتدة الثلاث) أى كوطء
معتدة الثلاث

كما اذا طلق امرأته ثلاثا صريحا) قيدبه لانه لونواها أى الثلاث بالكنايات فوقعن فوطئها فى العدة وقال علمت انها حرام لا يحدّ لكون الشبهة حينئذ من قبيل الشبهة الحكمية وهذه يلغز بها فيقال أى مطلقة ثلاثا وطئت فى العدة وقال علمت حرمتها ولا يحدّ وهى من وقع عليها الثلاث بالكناية شرنبلالية عن الفتح (قوله وقال ظننت انها تحل) معناه انه علم ان الزنى حرام لكنه ظن ان وطأه هذه ليس زنى محرما شرنبلالية عن الفتح وذكر فيها من موضع آخر انه لو اعتقد الحل تجرى عليه أحكام المرتدين فليتنبه له انتهى (قوله وأمة أبويه) لو قال أصله وان علا لكان أولى لشمول الاجداد والجدات شرنبلالية وذكر السيد الحموى انه أراد بالاب والام الاصل قال وهذا أولى من دعوى التغليب فان قال انها حرام يحدّ وان قالت الامة ظننت انه يحل لى ولم يدع الرجل ذلك لم يحدّ حتى يقرا انهما علما بالحرمة لان الشبهة فى أحد الجانبين تسرى الى الآخر وروى الحسن عن أبى حنيفة ان الامة اذا ادّعت الحل ولم يدع الرجل حدّ لان المرأة تابعة فى فعل الزنى والشبهة فى جانب التابع لا تعتبر حموى عن البرجندى وظاهر الرواية الاوّل واعلم ان الابن اذا وطئ جارية الاب مرارا وقد ادّعى الشبهة فعليه لكل وطء مهر وان كان الاب وطئ جارية ابنه فعليه مهر واحد وكذا اذا وطئ جارية امرأته يجب عليه لكل وطء مهر حموى عن الولوالجى (قوله وأمة زوجته) فان غنى الزوج بمال زوجته المستفاد من قوله تعالى ووجدك عائلا فأغنى أى بمال خديجة رضى الله عنها قد يورث شبهة ان مال الزوجة ملك الزوج درر وقوله ووجدك عائلا أى فقيرا قال فى المختار العيلة والعالة الفاقة يقال عال يعيل عيلة وعيولة أى افتقر فهو عائل وكما لا حدّ على من وطئ أمة امرأته اذا ظن الحل فكذا لا يحدّ قاذفه ولا الموطوءة لان الشبهة لما تحققت فى الفعل نفت الحدّ عن طرفيه شرنبلالية عن الكمال (قوله أى لا فى الثانية) لان الفعل فيه تمحض زنى لفرض ان لا شبهة ملك الا ان الحدّ سقط لظنه فضلا من الله تعالى وهو أمر راجع اليه لا الى المحل ولهذا لم يجب به عدّة ولم يتمحض فى الاوّل وهذا الاطلاق مقيد بغير المطلقة ثلاثا لما مر فى ثبوت النسب من ان نسب ولد معتدّة الثلاث يثبت بغير دعوة اذا جاءت به لاقل من سنتين ويحمل على انه وطئها فى العدّة لشبهة عقد فان جاءت به لاكثر لا يثبت الا بالدعوة ويحمل على وطء سابق على الطلاق وما فى الشرح من انه يثبت أيضا بوطء أجنبية زفت وقال النساء هى زوجتك وظهر بخلافه مع ان الشبهة فى الفعل رأى طائفة نهر ولهذه المسائل أيضا اخوات منها المطلقة على مال لان حرمتها ثابتة بالاجماع فصارت كالمطلقة ثلاثا ومنها أم الولد اذا أعتقها مولاها لثبوت حرمتها بالاجماع ومنها المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود وهو المختار ومستعير الرهن بمنزلة المرتهن نهر وثمرة اختلاف الرواية فى وطء المرتهن تظهر فيما اذا وطئها عالما بالحرمة فان قيل فعلى هذا وجب ان يجب الحد على المرتهن مطلقا اشتبه عليه أم لم يشتبه كما فى الجارية المستأجرة للخدمة وكجارية الميت فى حق الغريم قلنا الاستيفاء سبب لملك المال فى الجملة وملك المال سبب لملك المتعة فى الجملة فحصل الاشتباه بخلاف المستأجرة وجارية الميت لان الاجارة لا تفيد ملك المتعة بحال والغريم لا يملك عين التركة وانما يستوفى حقه من الثمن ولو ملك العين أو تعلق حقه بها لما جاز بيعها الا باذنه كالرهن زيلعى ومنه يعلم جواب حادثة سئل عنها الفقير وهى ان شخصا مات وعليه دين فبيعت دار من التركة لايفاء ما عليه من الدين ثم ظهر دين آخر فهل بيع الدار صحيح ولا يتعرض للمشترى بحال ويوفى الدين الذى ظهر من باقى التركة أم لا فأجبت بأن البيع صحيح لعدم توقف الصحة على اذن الغريم سواء بقى من التركة ما يكون فيه وفاء بما ظهر من الدين أم لا فان كان فيه وفاء يوفى وان لم يكن رجع على الغريم الاوّل ليشاركه فيما قبض من الثمن فيقسم بينهما على قدر دينهما وهذا اذا استوى الدينان بأن كان كل منهما دين صحة أو مرض اما اذا اختلفا قدم دين الصحة على دين المرض وبيان الفرق بين الدينين سيأتى فى محله بقى ان ما سبق من قول الزيلعى قلنا الاستيفاء سبب لملك المال الخ الظاهر ابدال الاستيفاء بالتوثق (قوله وحد بوطء أمة أخيه وعمه) وان ظن حله لانتفاء الشبهة فى الملك وفى الفعل لعدم انبساط كل بمال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة

كما اذا طلق امرأته ثلاثا صريحا فوطئها فى العدة وقال ظننت انها تحل لى لا يحد وان قال علمت انها حرام يحد (و) كوطء (أمة أبويه و) أمة (زوجته) خلافا لزفر (و) أمة (سيده والنسب يثبت) بالدعوة (فى) المسئلة (الاولى فقط) أى لا فى الثانية وان ادعاه (وحد بوطء أمة أخيه وعمه وان ظن حله) والتقييد بهما اتفاقى لان الحكم لا يختلف فى إماء سائر المحارم سوى الولاد

وأورد انه لوسرق من هؤلاء لا يقطع فظاهره ان بينهما انبساطا واجيب بأن القطع منوط بالاخذ من الحرز وهو منتف لدخوله في بيتهم بلا استئذان عادة اما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا نهر ولهذا لوسرق الضيف من المضيف لا يقطع ولو زنى بجارية يحد زيلعى (قوله وحد بوطء امرأة وجدها على فراشه) ولو كان أعمى اذ بعد طول الصحبة لا تخفى عليه امرأته والاعمى يميز بالحركات المألوفة الا اذا دعاها فاجابته أجنبية قائلة أنا زوجتك أو أنا فلانة يعني باسم زوجته درلان الاخبار دليل وقيدوا بقولها لانها لو أجابته بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها يجب الحد وبأنا زوجتك ونحوه لانها لو اقتصرت على الجواب بنعم فوطئها حد لانه يمكنه التميز بأكثر من ذلك نهر واذا وجب الحد على الاعمى فلان يجب على البصير ولو كان في ليلة مظلمة بالطريق الاولى فما في الشرنبلالية عن الخانية من انه يحد بوطء أجنبية وجدها على فراشه ولو في ليلة مظلمة لا حاجة اليه للاستغناء عنه بما في الدرر من قوله ولو هو أعمى كما لا يخفى واعلم ان تعليل المسئلة بقولهم اذ بعد طول الصحبة الخ مأخوذ من تقييد قاضيخان بقوله وله امرأة قديمة قال في الشرنبلالية وينظر ماذا يكون به قدمها وان جاءت بولد يثبت نسبه لما نذكر من قريب في المزفوفة زيلعى وهذه ترد على كل من المصنف والشارح حيث قال والنسب يثبت في الاولى فقط أي لا في الثانية الخ ولهذا تعقبه الحموى بقوله فيه انهم قد صرحوا بثبوت النسب في وطء الاجنبية التي زفت اليه مع انها شبهة في الفعل انتهى وفي كون النسب يثبت من الاجنبية التي زفت كلام يعلم بمراجعة النهر (قوله أي لا يحد بوطء أجنبية زفت الخ) لانه اعتمد على دليل شرعي في موضع الاشتباه ولا يحد قاذفه لانه وطء حرام في غير الملك فيسقط به احصانه وعن أبي يوسف لا يسقط عيني (قوله وقيل هي زوجتك) لم يقل وقلن لان خبر الواحد كاف نهر عن ايضاح الاصلاح وظاهر كلامهم يفيد ان الحد لا يسقط بمجرد زفافها اليه بل لا بد من ان ينضم الى ذلك قول انها زوجتك (قوله وعليه المهر) لان الوطء في دار الاسلام لا يخلو عن حد أو مهر وقد سقط الحد فوجب المهر الا في وطء جارية الابن اذا علقت منه وادعى النسب وفيما اذا وطئ البائع المبيعة قبل التسليم وينبغي ان لا يجب بوطء جارية السيد لان المولى لا يجب له دين على عبده الا ان يقال وجب ثم سقط كذا في الشرح ولو وطئ العبد سيدته بشبهة ينبغي ان لا مهر أيضا اخذا من ان المولى لا يستوجب على عبده حقا زاد في الاشباه ما لو نكح صبي بالغة حرة بغير اذن وليه ووطئها طائعة فلا حد ولا مهر أيضا وعلله في المجتبى بأن فعل الصبي غير معتبر وقال في البحر ولا يرد يعني على ما في الشرح ما لو زنى صبي بامرأة بالغة مطاوعة قالوا لا حد عليه ولا مهر لاسقاطها حقها حيث مكنته لان المهر وجب لكنه سقط لما ذكرنا انتهى وهذا يأتي فيما لو نكح أيضا ومنه لو وطئ حربية أو وطئ الموقوف عليه الموقوفة أو وطئ المرتهن الرهن باذن الراهن ففي هذه الثلاثة ينبغي ان لا يجب المهر أيضا ولم أره انتهى وأنت قد علمت بأن مسئلة الرهن منقولة ففي رواية كتاب الحدود يجب الحد وهو الراجح وهذا باطلاقه يعم ما لو أذن الراهن اذ الفروج لا تباح به وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب وهذا أي عدم الوجوب على هذه الرواية مع الاذن أولى نهر وظاهر ان المراد من قوله ففي رواية كتاب الحدود يجب الحد يعني ان لم يدع ظن الحل اذ مع دعوى الظن لا يحد باتفاق الروايات واعلم ان ما في الدرر وجرى عليه في الدر من قوله عقب قول المصنف وعليه مهرها أي التي زفت بذلك قضى عمر بالعدة فيه نظر لان الذي قضى بذلك علي كما صرح به الزيلعي وكان عمر يجعله في بيت المال كأنه جعله حق الشرع كما ان الحد حق له وهذا كالعوض عنه والمختار قول علي لان الوطء كالجناية عليها وارش الجنايات للمجني عليه ولو كان عوضا عن الحد لوجب على المرأة لان الحد ساقط عنها انتهى (قوله ولا يحد بمحرم) نسبا أو رضاعا أو صهرية نهر وهذا هو الشبهة في العقد ومن الشبهة في العقد وطء المتزوجة بغير شهود أو بغير اذن المولى أو وطء أمة تزوجها على حرة أو تزوج خمسا في عقدة ووطئهن أو وطئ مجوسية أو مشركة تزوجها أو جمع بين أختين في عقدة أو الاخيرة لو متعاقبا في جميع ذلك لا يجب الحد عنده كيفما كان عيني وسياق كلام البحر يقتضي انه لا حد عليه بوطئه منكوحة الغير أو معتدته

(و) حد بوطء (امرأة وجدها على فراشه) وان قال الواطى ظننت انها امرأتى (لا) أى لا يحد بوطء (بأجنبية) زفت اليه (وقيل هى زوجتك و) لكن (عليه المهر) أى مهر المثل وعليها العدة (و) لا يحد (بمحرم نكحها)

أو مطلقته الثلاث بعد العقد عليهن بالاتفاق على الاظهر وذكر في الدرانه حرر في الفتح ان الشبهة في العقد من الشبهة في المحل وفيها يثبت النسب كما مر انتهى (تتمة) اذا تزوج بذات رحم محرم منه نحو الام والبنت والاخت والخالة والعمة أو تزوج امرأة أبيه أو امرأة ابنه ودخل بها لاحد عليه في قول أبي حنيفة وعليه مهر مثلها بالغا ما بلغ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي ان علم انها ذات رحم محرم منه عليه الحد ولا مهر لها عليه وان لم يعلم كان عليه المهر ولا حد عليه حموي عن قاضيخان من باب المهر (قوله مطلقا) أي سواء علم الحرمة أولا حموي فان قلت هذا مشكل لان استباحة الزنى كفر كما في الشرنبلالية وغيرها قلت قال في البحر ان مسائلهم هنا تدل على ان من استحل ما حرّم الله على وجه الظن لا يكفر وانما يكفر اذا اعتقد الحرام حلالا الخ فما في الشرنبلالية من تقييد المسئلة بما اذا كان يعتقد حرمة الزنى اذ لو اعتقد الحل تجري عليه أحكام المرتدين فيه نظر لا يخفى لما فيه من التنافي لان اعتقاد حرمة الزنى لا يبقى مع ظنه الحل ثم ظهر انه لا منافاة لما قدّمناه من ان المراد بظن الحل دعوى الظن وان لم يحصل له الظن (قوله ولكن يوجع عقوبة الخ) وهي أشد ما يكون من التعزير سياسة وعليه المهر أيضا شرنبلالية عن الكمال (قوله ان علم بذلك) أي بكونها محرما له حموي (قوله وعندهما وعند الشافعي يحد الخ) لان العقد لم يصادف محله يعني بالنسبة الى هذا العاقد فيلغو كما اذا أضيف الى الذكور ولابي حنيفة ان العقد صادف محله يعني محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى خصوص العاقد لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بني آدم قابلة للتوالد والتناسل وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل لدليل فيورث شبهة والفتوى على قولهما شرنبلالية عن البزازية فالمصنف مشى هنا على خلاف المفتى به لكن في تصحيح القدوري للعلامة قاسم ما معناه ان عامة المصنفين اختاروا واعتمدوا قول أبي حنيفة وان الفتوى عليه حموي (قوله ولا يحد باجنبية في غير القبل مطلقا) أي لا جلدا ولا رجما ان كان محصنا (قوله ولكن يعزر) قال في الدرر بنحو الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من محل مرتفع باتباع الاحجار وفي الحاوي والجلد اصح وفي الفتح يعزر بالحبس حتى يموت أو يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الامام سياسة وفي النهر عن البحر التقييد بالامام يفهم ان القاضي ليس له الحكم بالسياسة وفي الجوهرة الاستمناء حرام وفيه التعزير ولو مكن امرأته أو أمته من العبث بذكره فانزل كره ولا شئ عليه ولا تكون اللواطة في الجنة على الصحيح لانه تعالى استقبحها وسماها خبيثة والجنة منزهة عنها أي عن الخبائث فتح وفي الاشباه حرمتها عقلية فلا وجود لها في الجنة وقيل سمعية فتوجد وقيل يخلق الله تعالى طائفة نصفهم الاعلى كالذكور والاسفل كالاناث والصحيح الاول وفي البحر حرمتها أشد من الزنى لحرمتها عقلا وشرعا وطبعا والزنى ليس بحرام طبعا وتزول حرمته بتزوج وشراء بخلافها وعدم الحد لا لخفتها بل للتغليظ لانه مطهر على قول وفي الدر عن المجتبي يكفر مستحلها عند الجمهور واعلم ان عطف اللواطة على ما قبله للمغايرة لان اتيانها في غير القبل يشمل السرة عيني لكن قال في النهر وأنت خبير بانه فيها أي السرة لا يسمى وطأ والظاهر ان اللواطة خاصة بالذكر لانها عمل قوم لوط وكانوا لا يأتون غيرهم الخ والحاصل ان العطف للمغايرة حتى على ما ذكره في النهر وان اختلف التوجيه فوجه المغايرة على ما ذكره في النهر اختصاص اللواطة باتيان الذكر في دبره وعلى ما ذكره العيني ان اتيان الاجنبية في غير القبل يشمل غير الدبر كالسرة وكلامه يشير الى ان اتيان الانثى في دبرها يكون لواطة أيضا وبه صرح في البحر وللواطة احكام أخر لا يجب بها المهر ولا العدة في النكاح الفاسد ولا في المأتي بها للشبهة ولا تحل للزوج الاول في النكاح الصحيح ولا تثبت بها الرجعة ولا حرمة المصاهرة عند الاكثر ولا الكفارة في رمضان في رواية ولو قذف بها لا يحد خلافا لهما وقدمنا انه يجب الغسل بها على الفاعل والمفعول بحر واعلم انهم اختلفوا في الشهادة على اللوا... فعند أبي حنيفة يكفي عدلان وعندهما لا بد من أربعة كالزنى وبه قال الشافعي حموي وعزاه في الشرنبلالية الى السراج واما في اتيان البهيمة فالاصح انه يقبل فيه عدلان عند اصحابنا جميعا ولا يقبل فيه شهادة النساء شرنبلالية

مطلقا ولكن يوجع عقوبة ان علم بذلك عند أبي حنيفة وعندهما وعند الشافعي يحد ان علم بالحرمة والا لا (و) لا يحد (باجنبية في غير القبل) مطلقا (أو باللواطة) عند أبي حنيفة ولكن يعزر ويودع في السجن حتى يتوب وعندهما وهو احد قولي الشافعي يحد حد الزنى فيجلدان لم يكن محصنا ويرجمان كان محصنا

عن السراج أيضا (تتمة) ماسبق معزيا للدرر من انه يعزر فى اللواطة بنحو الاحراق يستقيم بناء على
ان الاحراق ونحوه هو المراد من قوله فعند أبى حنيفة يعزر بامثال هذه الامور وبه صرح فى الشرنبلالية
ويخالفه ماذكره عزمى زاده حيث ذكر ان المراد بامثال هذه الامور وهو وطء اجنبية زفت اليه
ووطء محرم نكحها او وطء بهيمة واتيان فى دبر فان التعزير فى مثل هذه المسائل عنده أى عند أبى حنيفة
مذكور فى كلام الزيلعى وغيره الخ (قوله وذكر فى الروضة) أى للزندوستى حموى (قوله ولو فعل
بعبده أو أمته) ولا يكفر باستحلاله بمملوكه شرنبلالية عن التتارخانية قال يعلم ولا يعلم وقوله ولا يعلم
أى عدم الكفر والا فهو حرام (قوله لا يحد اجماعا) وانما يعزر حموى (قوله وقال الشافعى
فى قول يقتلان بكل حال) أى محصنين كانا أولا حموى (قوله وعند أبى يوسف تحرق ويضمن) كذا
فى الكافى وظاهره انه لا قول لمحمد ولكن الذى فى الزيلعى والاختيار ان قول محمد كقول أبى يوسف
ثم ظاهر هذا ان صاحبها يدفعها جبرا وعبارة الزيلعى والاختيار هذا اذا كانت البهيمة للفاعل وان
كانت لغيره يطالب صاحبها ان يدفعها اليه بقيمتها ثم يذبحها انتهى فظاهره انه لا يجبر حموى (قوله
ولا بزنى فى دار حرب أو بغى) يعنى فى غير معسكر الخليفة أوأمير المصر بان خرج من عسكر من له ولاية
اقامة الحدود فدخل دار الحرب وزنى ثم عاد أوكان مع أمير سرية أوأمير عسكر فزنى ثمة أوكان تاجرا
أواسيرا اما لو زنى وهو مع عسكر من له ولاية اقامة الحد فانه يحد بخلاف أمير العسكر أو السرية لانه انما
فوض لهما تدبير الحرب لا اقامة الحدود وولاية الامام منقطعة ثمة شرنبلالية عن الفتح (قوله اذا خرج
الينا) فاقر به او اقيمت عليه البينة به من غير تقادم لانه لم ينعقد سببا للايجاب حال وجوده لان احكامنا
لا تصل اليهم فلا ينقلب موجبا بالخروج نهر (قوله وعند الشافعى يحد فيهما) لان المسلم ملتزم احكام
الاسلام حيث كان وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود فى دار الحرب وأهل البغى
التحقوا بأهل الحرب لعدم قدرة الامام عليهم فان قيل هذا معارض لقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل
قلنا خص منه مواضع الشبهة فيجوز تخصيصه بخبر الواحد والقياس زيلعى واعلم ان قوله بخبر الواحد
يرجع للاستدلال على عدم الحد لو كان الزنى فى دار الحرب وقوله والقياس يرجع للاستدلال على عدمه
لو كان فى دار بغى ومنه تعلم ما فى كلام العينى من القصور حيث اكتفى بالحديث فى الاستدلال على عدم
الحد فى الفصلين وأهل البغى طائفة من المسلمين خرجوا على الامام ولهم قوة وشوكة ومنعة ويخالفون
بعض احكام المسلمين بالتأويل حموى عن شرح باكير (قوله ولا يحد بزنى حربى) الصواب فى المزج
ولا حد وكذا ما سيأتى من قوله ولا يحد بزنى صبى حموى (قوله ثم رجع وقال يحدان) ولو كان بالعكس
بان زنى ذمى أو مسلم بمستأمنة يحد الذمى والمسلم دون المستأمنة عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف تحد
المستأمنة أيضا والاصل لابى يوسف ان الحدود كلها تقام على المستأمن والمستأمنة فى دارنا الا حد
الشرب وعند الامام لا يقام على المستأمن والمستأمنة شئ من الحدود الا حد القذف ومحمد يقول كذلك
غير انه يقول فعل الرجل أصل وفعل المرأة تبع فامتناع الحد فى حق الاصل يوجب امتناعه فى حق التبع
زيلعى (قوله بزنى صبى أو مجنون بمكلفة) وعبارات اصحابنا ان فعلها أى المكلفة مع الصبى والمجنون
ليس بزنى تشير الى ان احصانها لا يسقط بذلك ثم وطء الصبى يوجب المهر اذا كانت الموطوءة صغيرة
أو كبيرة غير مطاوعة أو أمة وان كانت الموطوءة كبيرة مطاوعة لا يجب لها عليه المهر زيلعى (قوله
بخلاف عكسه) والفرق ان فعل الرجل أصل فى الزنى والمرأة تابعة له وامتناع الحد فى حق الاصل يوجب
امتناعه فى حق التبع على مامر وامتناعه فى التبع لا يلزم فى حق الاصل نهر (قوله بمستأجرة) ولكن
يعزران أشد التعزير حموى (قوله ليزنى بها) يشير الى ان الخلاف مقيد بما اذا استأجرها للزنى فلو
للخدمة فزنى بها فانه يحد بلا خلاف عينى (قوله وعندهما يحد) وهو قول الشافعى لانه ليس بينهما
ملك ولا شبهة ملك فكان زنى محضا وبه قالت الثلاثة وله ما روى ان امرأة طلبت من رجل مالا فأبى ان

يعطيها

وذكر فى الروضة ان الخلاف فى الغلام
اما الوطء امرأة فى دبرها حدّ بلا خلاف
والاصح ان الكل على الخلاف نص
عليه فى الزيادات هذا اذا فعل
بالاجانب ولو فعل بعبده أو أمته أو
زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحدّ
اجماعا وقال الشافعى فى قول يقتلان
بكل حال (و) لا يحدّ (ببهيمة) عندنا ثم
ان كانت الدابة مما لا يؤكل تذبح ثم
تحرق بالنار ولا تحرق قبل الذبح وضمن
الواطئ قيمتها ان كانت لغيره وان كانت
مما يؤكل تذبح وتؤكل عند أبى حنيفة
ولا تحرق وعند أبى يوسف تحرق ويضمن
ان كانت لغيره واعلم ان الاحراق ليس
بواجب عندنا وانما يفعل لئلا يعير الرجل
(و) لا يحد (بزنى فى دار حرب أو بغى) اذا خرج
الينا وعند الشافعى يحد فيهما (و) لا يحد
(بزنى حربى) مستامن (بذمية) أو مسلمة
(فى حقه) أى الحربى وحدت الذمية
أو المسلمة عند أبى حنيفة وعند محمد
لا حد على كل واحد منهما وهو قول
أبى يوسف أولا ثم رجع وقال يحدان
(و) لا يحد (بزنى صبى أو مجنون بمكلفة)
طاوعته عليهما وعند زفر والشافعى
يجب الحدّ عليها وهو رواية عن أبى
يوسف بخلاف عكسه أى ان زنى
عاقل بالغ بمجنونة أو صبية يجامع
مثلها حدّ الرجل خاصة اجماعا (و)
لا يحد (بالزنى بمستأجرة) ليزنى بها عند
أبى حنيفة وعندهما يحد وهو قول
الشافعى (و) لا يحد بالزنى (باكراه)

يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر عنهما الحد وقال هذا مهرها ولان الله تعالى سمى المهر اجرة فصارت شبهة ولهذا لو قال امهرتك كذا لازنى بك لم يجب الحد فكذا اذا قال استأجرتك أوخذى هذا لاطأك أومكنيني من نفسك بكذا عيني وقوله ولهذا لو قال امهرتك الخ يفيد عدم الحد بالاتفاق لذكره على وجه الاستشهاد وهم انما يستشهدون بالمتفق عليه لكن فى النهر عن الفتح والحق فى هذا كله وجوب الحد (قوله من السلطان) ولو بأمر منه نهر عن جامع الفصولين وظاهر اطلاق المصنف الاكراه يفيد اختيار قولهما وظاهر عبارة الهداية اختيار قول أبى حنيفة حموى (قوله وكان أبو حنيفة يقول أولا يحد) لان انتشار الآلة دليل على تحقق الاختيار عيني (قوله ثم رجع وقال لا يحد) لان انتشارها كما يقع طوعا قد يقع طبعا كما فى حق النائم فأورث شبهة عيني وتقدم انه ان ادعى الشبهة بالاكراه لا تقبل مالم يقم البينة بخلاف دعواه الشبهة بغير الاكراه حيث يدرأ عنه الحد بمجرد دعواه (قوله وان أكرهه غير السلطان حد عنده الخ) قالوا هذا اختلاف عصر ففى زمنه لم يكن لغيره من القوة مالم يمكن دفعه وكانت فى زمنهما الكل متغلب ولا سيما فى زماننا فيفتى بقولهما نهر (قوله ان انكره الآخر) عند أبى حنيفة مطلقا عيني يعنى ادعى المنكر شبهة بان قال تزوجتها ام لا وهذه المسئلة على وجهين أحدهما ان يقر أربعا بالزنى بفلانة وقالت انه تزوجنى أوأقرت بالزنى أربعا مع فلان وقال فلان تزوجتها لم يحد ويجب العقر وان كانت معترفة بان لا مهر لها وثانيهما ان يقر اربعا انه زنى بفلانة فقالت مازنى بى ولا اعرفه أوأقرت أربعا بالزنى مع فلان وقال فلان مازنيت بها ولا اعرفها فلا يحد المقر عند أبى حنيفة درر وحاشيتها والحاصل ان فى الوجه الاول وهو ما اذا أقر أحدهما بالزنى وأنكر الآخر وادعى شبهة هى التزوج لا يحد واحد منهما بالاتفاق وفى الوجه الثانى وهو ما اذا أقر أحدهما وانكر الآخر ولم يدع شبهة لا يحد المنكر بالاتفاق وهل يحد المقر عند أبى حنيفة لا يحد وعندهما يحد حموى عن الرازى (قوله وعندهما يحد) ان لم يدع المنكر شبهة بل قال مازنيت قلنا الزنى فعل مشترك بينهما فانتفاء موجبه عن أحدهما يوجب شبهة فى الآخر نهر (قوله يحد المقر بالاتفاق) سكت عن حد المصدق لانه لا يحد لان التصديق مرة واحدة لا يكفى حموى ومقتضى تقييد التصديق بمرة واحدة انه يحد بالتصديق أربع مرات وليس كذلك يدل عليه مافى الاشباه قبيل كتاب الوكالة التصديق اقرار الا فى الحدود (قوله ومن زنى بأمة فقتلها الخ) قيد به لانه لو اذهب عينها به يجب عليه قيمتها وسقط به الحد لان الملك يثبت فى الجثة العمياء فأورث شبهة أى فى ملك المنافع تبعا وفى الفوائد الظهيرية غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا اما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفى جامع قاضيخان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق نهر وان جنت الامة فزنى بها ولى الجناية فان كانت الجناية توجب القصاص بان قتلت نفسا عمدا فلا حد عليه وعليه العقر لان من العلماء من قال يملكها فى هذه الصورة فأورث شبهة وان كانت الجناية لا توجب القصاص فان فداها المولى يجب عليه الحد بالاتفاق لان الزانى لم يملك الجثة وان دفعها بالجناية فعلى الخلاف ولو زنى بالحرة فقتلها به يجب الحد مع الدية بالاجماع لان الحرة لا تملك بالضمان زيلعى وقوله فعلى الخلاف أى لا حد فى المروى عن أبى يوسف خلافا لهما ولو زنى بكبيرة فافضاها فان كانت مطاوعة له من غير دعوى شبهة فعليهما الحد ولا شئ عليه فى الافضاء لرضاها به ولا مهر لها لوجوب الحد وان كان مع دعوى شبهة فلا حد ولا شئ فى الافضاء ويجب العقر لعدم وجوب الحد وان كانت مكرهة من غير دعوى شبهة فعليه الحد دونها ولا مهر لها ثم ينظر فى الافضاء فان لم يستمسك بولها فعليه دية المرأة كاملة لانه فوت جنس المنفعة على الكمال وان كان يستمسك بولها حد وضمن ثلث الدية لان جنايته جائفة وان مع دعوى شبهة فلا حد عليهما ثم ان كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر فى ظاهر الرواية وان لم يستمسك فعليه الدية الكاملة ولا يجب المهر عندهما خلافا لمحمد وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهى كالكبيرة فيما ذكرنا الا فى سقوط الارش برضاها وان كانت صغيرة لا يجامع

من السلطان وكان أبو حنيفة يقول أولا يحد وهو قول زفر ثم رجع وقال لا يحد وان أكرهه غير السلطان حد عنده وعندهما لا يحد (و) لا يحد (بافراد) واحد منهما أربع مرات (ان أنكره الآخر) وعندهما يحد وانما قيد بقوله اذا أنكره الآخر لانه لو صدقه الآخر حد المقر بالاتفاق (ومن زنى بأمة فقتلها) بفعل الزنى

مثلها فان كان يستمسك بولها زمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حد عليه لتمكن القصور فى معنى الزنى وهو الايلاج فى قبل مشتهاة ولهذا لا يثبت به حرمة المصاهرة وان كان لا يستمسك ضمن الدية ولا يضمن المهر عندهما وعند محمد يضمن المهر أيضا لما ذكرنا زيلعى وأراد به ماذكره من ان الوطء الحرام فى دار الاسلام يوجب المهر اذا انتفى الحد ولهما ان الدية ضمان كل العضو والمهر ضمان جزء منه وضمان الجزء يدخل فى ضمان الكل اذا كان فى عضو واحد كما اذا قطع اصبع انسان ثم قطع كفه قبل البرء دخل ارش الاصبع فى ارش الكف ويسقط احصانه بهذا الوطء لوجود صورة الزنى وهو الوطء الحرام وفى المحيط لو كسر فخذ امرأة فى الزنى أو جرحها ضمن الدية فى ماله وحد لانه شبه العمد وفى شبه العمد تجب الدية فى ماله قال الزيلعى يعنى فيما دون النفس انتهى والمراد من الدية فى قوله لو كسر فخذ امرأة بالزنى أو جرحها ضمن الدية ارش الجراحة شيخ عبد الحى (تتمة) وطئ زوجته البكر فافضاها ان كانت ممن لا يجامع مثلها وجب الضمان بالاتفاق وان كانت ممن يجامع مثلها فكذا عند أبى يوسف خلافا لهما الى هذا اشار العلامة الحموى وكلامه يفيد ترجيح قول أبى يوسف ولهذا تعقب ما فى الاشباه من كتاب الجنايات حيث قال وطئ زوجته فافضاها أو ماتت فلا ضمان عليه لكون الوطء أخذ موجبه وهو المهر فلم يجب به آخر الخ بقوله ان المهر مقابل بالوطء من حيث انه استمتاع والضمان بالافضاء ليس من حيث انه وطء ليلزم كونه موجبا لشيئين بل من حيث ما تسبب عنه وهو الافضاء فالمهر باعتبار جهة الاستمتاع والضمان باعتبار جهة الافضاء انتهى وذكر قبل هذا ان الضمان على عاقلة الزوج (قوله لزمه الحد والقيمة) لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحدة منهما حكمها الحد بالزنى والقيمة بالقتل كما اذا زنى بها ثم حز رقبتها الا يقال لما ماتت بفعل الزنى صار الزنى قتلا فوجب ان لا يعتبر الا القتل ويسقط اعتبار الزنى كقطع اليد اذا سرى الى النفس حتى لا يجب الا ضمان النفس من الدية أو القصاص لانا نقول ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس واليد تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الاعضاء تهلك بهلاك النفس تبعا ويدخل ضمانها فى ضمان النفس بخلاف الحد وضمان النفس لانهما حقان مختلفان وجبا بشيئين مختلفين احدهما بالزنى والآخر باتلاف النفس فصار كمن شرب الخمر للذمى فانه يحد ويضمن قيمة الخمر للذمى لما قلنا زيلعى (قوله وقال أبو يوسف لا يحد) لملكه اياها بضمان قيمتها ولهما ان الاستناد يظهر فى القائم دون المتلاشى بقى ان يقال ظاهر قول الشارح وقال ابو يوسف ان هذا مذهبه والذى فى الزيلعى والعينى والنهر وعن أبى يوسف (قوله يؤخذ بالقصاص) فاشتراط قضاء القاضى ليتمكن الولى من استيفائه لانه شرط لا يجوز بدونه حموى عن النهاية (قوله لا بالحد) مثل حد الزنى وشرب الخمر وحد القذف لان الحدود حق الله وهو المكلف باقامتها فلا يقدر على اقامتها على نفسه لان ذلك بطريق الخزى والنكال وفعل نائبه كفعله لانه بامره فلا يشرع بخلاف حقوق العباد عينى (قوله وان احتاج) أى من له الحق الى الاستعانة بان لم يمكنه من الاستيفاء لان الاستيفاء يحصل باحد امرين كما فى الدرر وغيرها اما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين

(باب الشهادة على الزنى والرجوع عنها)

قدم ان الزنى يثبت اما بالبينة أو الاقرار ثم ذكر فى هذا الباب اسبابا ترد بها الشهادة كالتقادم والاختلاف فى الزمان والمكان والجهل بالمزنى بها وكذا الرجوع عنها وكل هذه عوارض على خلاف الاصل فناسب تأخيرها نهر (قوله وعند الشافعى لا تبطل) لنا قول عمر ايما قوم شهدوا فى حد لم يشهدوا به عند حضرته فانما هم شهود ضغن ولا شهادة لهم ولان الشاهد متى عاين الزنى ونحوه فهو مخير بين حسبتين حسبة اداء الشهادة ليقام الحد فيحصل الانزجار قال تعالى واقيموا الشهادة لله وحسبة الستر على المسلم فان

(لزمه الحد والقيمة) وقال أبو يوسف لا يحد (والخليفة) أى الامام الذى ليس فوقه امام اذا قتل انسانا بغير حق أو أتلف مال انسان أو قذفه أو شرب خمرا أو نحوه (يؤخذ بالقصاص وبالاموال) ويستوفى من ماله (لا بالحد) وان احتاج الى المنعة فالمسلمون منعته

(باب الشهادة على الزنى والرجوع عنها)

والاصل ان الشهادة على الحدود الخالصة لله سبحانه تبطل بتقادم العهد عندنا وعند الشافعى لا تبطل

الشارع ندب اليه قال عليه السلام من ستر على اخيه المسلم عورة ستر الله عوراته يوم القيامة وقال تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب اليم وتأخير الاداء لايحلوا اما ان يكون للستر اولا فان كان للستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة حركتهم فيتهمون ولا شهادة لمتهم وان كان لا للستر صارا آثمين فاسقين بالتأخير لان اداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق ولهذا لو أخر الشهادة فى حقوق العباد بعد طلب المدعى بلا عذر لاتقبل شهادته زيلعى وقوله حسبتين أى اجرين مطلوبين يقال احتسب بكذا اجرا عند الله والاسم الحسبة بكسر الحاء وهى الاجر والجمع الحسب عزمى عن الكفاية والضغينة الحقد والعداوة درر (قوله وان الاقرار المتقادم) جعل المتقادم صفة الاقرار وليس كذلك بل هو صفة للحدود وصواب العبارة وان الاقرار بالحدود المتقادمة لايبطل حموى (قوله لا يبطل عندنا) لعدم التهمة (قوله شهد واحد الخ) أخر الشهادة بالزنى عن الاقرار لقلة ثبوت الزنى بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنى عند الامام بالشهادة اذ رؤية أربعة رجال عدول الى الزانيين كالميل فى المكحلة مما يندر وجوده حموى عن المفتاح (قوله أى بسبب حد) اقحمه الشارح اشارة الى ان متقادم صفة لموصوف محذوف وهذا هو معنى التساهل الذى ذكره فى النهر فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له فى الحقيقة كذا فى الفتح انتهى ولهذا ذكر فى الشرنبلالية ان اسناد التقادم الى الحد مجاز (قوله سوى حد القذف) لان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم درر ولان فيه حق العبد وهو لا يسقط بالتقادم واعلم ان فى قوله سوى حد القذف دلالة ظاهرة على ان المراد بالحد فى قوله شهدوا بحد ماهو الاعم من حد الزنى لاخصوصه فلو ابدل العينى قوله أى شهدت أربعة بقوله أى شهد الشهود بحد متقادم لكان اولى (قوله لم يحد الشخص) واما الشهود فيحدون عند البعض وقيل لا كذا فى التنوير وهو يفيد ترجيح اقامة الحد عليهم لكونه حكى القول الآخر بقيل لكن فى الشرنبلالية وقال الكرخى الظاهر انه لايجب عليهم الحد اه لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا عناية (قوله ولكن ضمن السرقة) لان التقادم لايضره لانه حق العبد درر واشار الشارح بقوله أى المسروق الى ان المصدر فى كلام المصنف بمعنى اسم المفعول (قوله وهذا الخ) أى الذى قلناه من تقدير التقادم بشهر اذا لم يكن بين القاضى و بينهم مسيرة شهر وكذا لو كان التقادم لعذر مرض او خوف طريق شرنبلالية عن الكمال (قوله أما اذا كان فتقبل شهادتهم) لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة عناية (قوله بزوال الرائحة) هو الاصح (قوله اى غائبة عن مجلس القضاء) أى وهم يعرفونها شرنبلالية وسيأتى فى كلام المصنف مايدل عليه (قوله حد الرجل) باجماع الاربعة وكذا لو أقربا لزنى بغائبة نهر يعنى يقام عليه الحد بالاجماع (قوله وكذا اذا أقر انه زنى بفلانة وهى غائبة حد المقر) لانه عليه السلام رجم ماعزا والغامدية حين أقرا بالزنى بغائبين عينى (قوله بخلاف السرقة) لان بالغيبة تفوت الدعوى وهى شرط فى السرقة دون الزنى درر وغيرها ومقتضاه عدم قبول الشهادة بالسرقة بدون الدعوى وليس كذلك ففى الشرنبلالية لو شهدا على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى ان يجىء المسروق منه كما فى البرهان انتهى فان قلت ينبغى ان لايحد فى الزنى أيضا حتى يحضر الغائب لاحتمال ان يدعى النكاح فيكون شبهة قلت دعوى النكاح شبهة لاحتمال الصدق فيعتبر واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر عينى وغيره وفيه انه يشكل بما لو أقر بالزنى وهى خرساء حيث لايحد المقر كما سبق (قوله لايحد الرجل) لجواز ان تكون زوجته او امته بل هو الظاهر بخلاف الاقرار لانه لايخفى عليه من هى واحتمال ان تكون أمته بالميراث ولا يعرفها الا اعتباره لانه ثابت فى المعروفة أيضا ولو قال الشهود بعد قولهم لانعرفها هى فلانة لايحدوا حدهم ما نهر عن الخانية (قوله كاختلافهم فى طوعها) قيد به لان الاختلاف فى طولها وقصرها وسمنها وهزالها وثيابها غير مانع نهر (قوله اى كما لايحد بها) أى بالشهادة المذكورة ولعل الظاهر ان يقال كما لاحد عليهما حموى (قوله عند

وان الاقرار المتقادم بالحدود لا يبطل عندنا خلافا لزفر فان (شهد واحد) أى بسبب حد (متقادم) كسرقة او زنى أو شرب خمر (سوى حد القذف لم يحد) الشخص الذى تقادم الحد عليه (و) لكن (ضمن السرقة) أى المسروق وتكلموا فى حد التقادم فقوله فى الجامع الصغير بعد حين يشير الى ستة أشهر واليه أشار الطحاوى وأبو حنيفة لم يقدر فى ذلك شيئا وفوضه الى رأى القاضى فى كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضى وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان فتقبل شهادتهم والتقادم فى حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة (ولو ثبتوا) على رجل (زناه بغائبة) أى غائبة عن مجلس القضاء (حد) الرجل وكذا اذا أقر انه زنى بفلانة وهى غائبة حد المقر (بخلاف السرقة) أى بخلاف ما لو ثبتوا انه سرق مال فلان وهو غائب لم يقطع (ولو أقر) الرجل (بالزنى بمجهولة) أى بامرأة لا يعرفها المقر (حد) الرجل (وان شهدوا) على رجل (بذلك) أى بانه زنى بامرأة لا يعرفها الشهود (لا) يحد الرجل (كاختلافهم فى طوعها) أى كما لايحد بها فى اختلاف الشهود فى طوعها بان قال اثنان منهم انه استكرهها وآخران انها طاوعته عند أبى حنيفة وزفر

أبى حنيفة) لان المشهودبه قداختلف لان الزنى فعل واحد يقوم بهما وكل ماهوفعل واحديقوم بهما لايتصف بوصفين متضادين وهؤلاء أثبتواله وصفين متضادين لان الطوع يوجب اشتراكهما فى الزنى والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماع الوصفين المتضادين متعذرفكان كل واحدمنهما خلاف الآخر واختلف المشهودبه ولم يتم على كل واحدمنهما نصاب الشهادة عناية وفيه انه يحتمل ان تكون فى اول الفعل مكرهة وفى آخره طائعة وانى أفندى (قوله وعندهما حدالرجل وحده) لاتفاقهم على انه زنى وغاية الامران اثنين تفردابزيادة جناية هى اكراهه نهر (قوله فى غير بيت واحد) كذافى بعض النسخ وهوالصواب وفى بعضها فى بيت واحدوهوخطأ الا ان يرادبالبيت البيت الكبير حموى (قوله أى لاحد على الكل فى اختلاف المكان الخ) ظاهرهذا ان قول المصنف ولوعلى كل زنى أربعة يتعلق بمسئلة الاختلاف فى المكان فقط فمقتضاه انه يحد فيما اذا كان الاختلاف فى الطواعية اوالزمان وقدتم عدد أربعة على كل زنى وهوكذلك لان الشهادة انماردت فى جانب الاختلاف فى المكان للتيقن بكذب أحد الفريقين ولم يوجد التيقن اذا كان الاختلاف فى الزمان اوالطواعية أمافى الزمان فظاهر وكذافى الطواعية بان شهدأربعة انه زنى بهاطائعة واربعة انه زنى بهامكرهة يحدان حيث لم يذكروا وقتاواحدا لعدم التيقن بكذب أحدالفريقين (قوله بان شهدأربعة على رجل الخ) ولكن بشرط ان يذكروا وقتا واحدا للتيقن بكذب أحدالفريقين ولاتحدالشهود أيضالماذكرنا عينى يعنى لان كلامهم وقع شهادة صورة فأسقط الحدعنهم (قوله فى بيت واحد) هذا اذا كان البيت صغيرا وأمااذا كان كبيرا فلادرر (قوله والقياس ان لاتقبل هذه الشهادة) لاختلاف المكان حقيقة ووجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل فى زاوية وانتهاؤه فى زاوية اخرى ينتقلان اليه بالاضطراب وكذالواختلفوافى ساعتين من يوم متقاربتين بحيث يمكن ان يمتدالزنى اليهما عينى فان قيل التوفيق فى الحدودغيرمشروع لانه احتيال لاقامة الحدوقدأمرنا بالاحتيال لدرئه قلنا انمانرع التوفيق فى الحدودصيانة للبينات عن التعطيل فانه لوشهدأربعة على رجل بالزنى فشهدكل واحدأنه زنى بفلانة تقبل وتحمل شهادة كل واحد منهم على الزنى الذى شهدبه صاحبه وان لم يصرح به فى شهادته حموى وفى الشرنبلالية عن البرهان مايشير اليه وهذايفيدانه لايشترط رؤيا الاربعة كالميل فى المكحلة فى زمن واحدمالم يصرحوا بمايفيدالاختلاف فى الزمن فحينئذلاتقبل الااذالم يفحش كالاختلاف فى ساعتين من يوم متقاربتين بحيث يمكن ان يمتد الزنى اليهما بتاسق (قوله وهى بكر) اورتقاءاوقرناء در وكذالوشهدواعلى رجل بالزنى وهومجبوب عينى (قوله فقلن هى بكر) لوقال فقيل ليشمل خبرالواحدة منهن لكان اولى لمافى النهرعن كافى الحاكم من ان الواحدة تكفى (قوله فسقة) جمع فاسق كفجرة جمع فاجر (قوله وان شهدالاصول أيضا) لانهاقدردت من وجه بردشهادة الفروع فى عين تلك الحادثة اذهم قائمون مقامهم بالامر والتحميل والشهادة متى ردت لتهمة لم تقبل فى عين تلك الحادثة أصلا وانماتقبل فى المال شهادة الاصول بعدماردت شهادة الفروع لان شهادة الاصول لم تردحقيقة وانماحصل فيهاشبهة الرد والمال يثبت مع الشبهة دون الحد ولوردت شهادة الاصول لم تقبل شهادة الاصول ولاالفروع بعده أبداهذا اذاردت شهادتهم لتهمة مع الاهلية وان ردت لعدم الاهلية كالعبيدوالكفارتقبل شهادتهم فى تلك الحادثة بعدالعتق والاسلام لزوال المانع زيلعى (قوله لم يحداحد) أمافى الصورة الاولى فلان الزنى لايتحقق مع البكارة فظهركذبهم بيقين فلايجب الحد عليهما ولاعلى الشهود لان عددهم متكامل وانماسقط الحدعنهما بقول النساء انهابكر وقولهن حجة فى اسقاط الحدلافى ايجابه وأمااذاكان الشهودفسقة فلان الفاسق من اهل التحمل والاداء وان كان فى أدائه نوع قصورلتهمة الكذب ولهذالوقضى القاضى بشهادته ينفذفيثبت الزنى بشهادتهم من وجه باعتبار الاهلية ولايثبت من وجه باعتبار القصورفباعتبار القصورفى الاداء سقط الحدعنهما وباعتبار اهلية الاداء سقط عن الشهود أيضا وامااذاشهدالفروع فلمافيه من زيادة الشبهة لان احتمال الكذب

فيها

وعندهما حدالرجل وحده (أو) كاختلافهم (فى البلد) بأن شهد اثنان انه زنى بهابالبصرة وآخران انه زنى بهابالكوفة فلاحد عليهما ولاعلى الشهود وعندزفريحدالشهود والتقييدبالبلداتفاقى لان الحكم لايختلف بالمكان اذاكان فى غير بيت واحد (ولوعلى كل زنى) أى لاحد على الكل فى اختلاف المكان (اربعة) بان شهدأربعة على رجل انه زنى بفلانة ببغدادوأربعة آخرون انه زنى بها بالبصرة (ولواختلفوافى بيت واحد) بان شهداثنان انه زنى بها فى زاوية هذا البيت وشهدآخران انه زنى بها فى زاوية أخرى من هذا البيت (حدالرجل والمرأة) استحسانا والقياس ان لاتقبل هذه الشهادة وهوقول زفر (ولوشهدواعلى زنى امرأة وهى بكر) بان نظرت النساء اليها فقلن هى بكر (اوالشهودفسقة أوشهدوا) أى شهدأربعة فروع على شهادة أربعة أصول بالزنى على رجل (وان شهدالاصول أيضا) على عين ماشهدالفروع (لم يحد أحد) من الزانى والزانية والشهود فى الصورالمذكورة

(ولو كانوا عميانا ومحدودين) بحد القذف (أو) كانوا (ثلاثة حد الشهود لا المشهود عليه) في الصور الثلاثة وانما قيدنا به لانهم لو كانوا محدودين بالزنى أو بالشرب ثم تابوا وصاروا عدولا لا تقبل شهادتهم (ولو حد) المشهود عليه (فوجد أحدهم عبدا أو محدودا في قذف حدوا) أي الشهود كلهم (وارش ضربه) أي ضرب القاضي المشهود عليه (هدر) أي لا يجب على الشهود ولا على بيت المال إذا كان جرحه السياط يشير إليه ذكر الارش فانه دية الجراحة (وان رجم) المشهود عليه بان كان محصنا فوجد أحد الشهود عبدا أو محدودا (فديته على بيت المال) وهذا عند أبي حنيفة وقالا ارش الضرب أيضا على بيت المال وعلى هذه الروايات من الضرب تجب الدية في بيت المال عندهما وقد خلافا له وكذا لو رجع الشهود وقد جرحته السياط فلا ضمان على الشهود عنده وعندهما يضمنون الدية ارش الضرب وان مات ولو ضرب بنفسه ثم ظهر خطؤه يكون ضمانه في بيت المال

فيها في موضعين في شهادة الاصول والفروع ولان الكلام اذا تداولته الالسن يتطرق اليه زيادة ونقصان ولان الشهادة على الشهادة بدل والابدال تنصب للحاجة ولا حاجة في الحدود الى البدل لانها مبنية على الدرء ولا حد على الفروع لانهم ما نسبوا المشهود عليه الى الزنى انما حكوا شهادة الاصول والحاكي للقذف لا يكون قاذفا ولان عددهم متكامل والاهلية موجودة ولا يحد الاصول أيضا لما ذكرنا زيلعي (تتمة) الشهود ثلاثة شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما عناية (قوله ولو كانوا عميانا الخ) أو كان بعضهم كذلك قيد بالاعمى والمحدود لانه لا يحد لو كانوا عبيدا أو صبيانا او مجانين او كفارا بالاولى لانهم ليسوا أهلا للتحمل ولا للاداء أما الاعمى والمحدود فأهل للتحمل والاداء نهر ونظر فيه الحموي بالنسبة للصبي والعبد فانهما اهل للتحمل كما سيأتي في كلام المصنف في الشهادات بقي ان يقال ما ذكره في النهر من ان الاعمى والمحدود أهل للتحمل والاداء يشكل بما قبله عن العناية من انه ليس لهما اهلية الاداء ويزول الاشكال بحمل ما سبق عن العناية على انه بالنسبة لعدم الجواز أي لا يجوز للقاضي قبول الاداء منهما فلا ينافي انه لو قضى بشهادتهم صح وان أثم وهو محمل ما ذكره في النهر (قوله حد الشهود) لانهم قذفة يعني اذا طلب المشهود عليه ذلك لانه حقه نهر (قوله لا المشهود عليه) لعدم ثبوت الزنى لان شهادة العميان والمحدودين في قذف لا يثبت بها المال مع انه يثبت بالشبهة فكيف يثبت بها الحد وهو يسقط بالشبهات وشهادة الثلاثة قذف لعدم النصاب عيني (قوله فوجد احدهم عبدا الخ) كذا لو وجد أعمى او كافرا شرنبلالية عن الفتح (قوله حدوا) أي الشهود لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة زيلعي اذ لا حسبة عند نقصان العدد فان الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ولا حسبة اداء الشهادة أيضا لنقصان عددهم لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم توجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما يكون باعتبار الحسبة عناية (قوله وارش ضربه هدر) وان مات در لانه امام من خرق الجلاد أو من رقة بشرة المضروب فلا يضمنه احد وقالا يجب على بيت المال لان تلف النفس قد حصل به وقد ظهر خطأ الامام فيجب في بيت المال كما في الرجم وبه قالت الثلاثة عيني والخرق ضبطه الشيخ شاهين بالقلم بفتح الخاء وتسكين الراء ونقل الشيخ عبد الحي عن القاموس ما نصه الخرق بالضم وبالتحريك ضد الرفق وان لا يحسن الرجل العمل والتصرف في الامور انتهى وأرش الضرب هو أجرة الطبيب وثمن الادوية حموي عن المفتاح قال ومعرفة الارش ان يقوم المجلود عبدا سليما عن هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر وينظر ما نقص به القيمة فيؤخذ من الدية مثله انتهى (قوله أي ضرب القاضي) يشير الى ان اضافة الضرب للضمير من قبيل اضافة المصدر للفاعل (قوله فديته على بيت المال) لان خطأ القاضي في بيت المال لان عمله للمسلمين فيجب غرمه في مالهم وقال في المحيط ان ديته على القاضي ويرجع القاضي بذلك في بيت المال حموي عن المفتاح (قوله وهذا عند أبي حنيفة وقالا الخ) محل هذا الخلاف بعد قوله وارش ضربه هدر حموي وهو ظاهر لانه لو رجم بشهادتهم بان كان محصنا ثم ظهر أحد الشهود محدودا في قذف أو اعمى فدية المرجوم في بيت المال بالاجماع زيلعي (قوله وكذا لو رجع الشهود وقد جرحته السياط فلا ضمان على الشهود عنده الخ) وكذا لا ضمان على الشهود عنده خلافا لهما لو رجعوا بعد ما مات من الجلد عيني وهذا لا ينافي ما سيأتي من انه في الرجم اذا رجعوا يضمنون لان شهادتهم هنا أوجبت الضرب والموت ترتب على الضرب لا على شهادتهم وأما ما سيأتي فشهادتهم أوجبت الرجم المفضي الى الموت فيضمنون برجوعهم شيخ عبد الحي (قوله ولو ضرب بنفسه) أي ولو ضرب القاضي المشهود عليه بالزنى والباء زائدة والضمير راجع للمؤكد الا ان المنقول زيادتها في العين واجمع حموي عن حواشي العصام على الجامي وتعقب بما في التسهيل من ان النفس والعين ينفردان بجواز جرهما بباء زائدة

اه وهو يفيد عدم جواز زيادتها في اجع (قوله ولو رجع أحد من الاربعة بعد الرجم حد الراجع وحده) لانقلاب شهادته بالرجوع قذفا قال في البحر واشار الى انه لو كان حده الجلد فجلد بشهادتهم ثم رجع واحد منهم فانه يحد الراجع بالاولى يعني بطلب المقذوف قيد بالرجوع لانه لو وجد واحد منهم عبدا فلا حد على واحد منهم لظهور انها لم تكن شهادة بل هي قذف في ذلك الوقت فصار واقاذفين حيا ثم مات والحد لا يورث على ماسيجيء الخ والحاصل ان المقذوف اذا كان ميتا وقت القذف يحد القاذف بطلب من وقع القدح في نسبه بخلاف ما اذا كان المقذوف حيا ومات حيث لا يورث الحد والشهادة انما صارت قذفا عند رجوعه وهو في هذه الحالة ميت فلكل من وقع القدح في نسبه طلب اقامته بجهة الاصالة لا بطريق الوراثة كما سيجيء (قوله وغرم ربع الدية) لان الذي تلف بشهادته ربع الحق نهر وكذا كلما رجع واحد منهم يضمن ربع الدية لان تلف النفس بشهادتهم فيضمنون ولا قتل عليهم عند نا عيني (قوله وقال الشافعي يجب القتل) لكونهم سببا عيني (قوله وقال زفر لا يحد الراجع) لان كلامه وقع شهادة عيني (قوله وقال محمد وزفر حد الراجع فقط) لان القضاء حصل بالشهادة فرجوعه يبطل شهادته في حقه لا في حق غيره ولهما ان الامضاء في باب الحدود ملحق بالقضاء فصار كانه رجع قبل القضاء وثمة يحدون جميعا عيني (قوله ولو رجع أحد الخمسة لاشئ عليه) اذ بقي من يبقى بشهادتهم كل الحق وهو الاربعة درر وأفرد الضمير رعاية للمرجع ولو راعى الخبر لقال وهم وكان أولى لانه محط الفائدة شيخنا (قوله بعد القضاء والامضاء) أي استيفاء الرجم (قوله فان رجع آخر من الاربعة الباقية حدا) لانفساخ القضاء بالرجم في حقهما وفيه خلاف زفر وغرما ربع الدية انصافا وعلى أصل الثلاثة يضمنان خمس الدية لان الاعتبار عندهم لرجوع من رجع الا في رواية عنهم كقولنا يعتبر بقاء من بقي عيني ولو رجع الثالث كان عليه ربع الدية ولو رجع الخمسة ضمنوا الدية اخماسا نهر عن الحاوي وانما لزم الاول يعني من الخمسة برجوع الثاني لانه وجد منه الموجب للحد والضمان وهو قذفه واتلافه بشهادته وانما امتنع الوجوب لمانع وهو بقاء من يقوم بالحق فاذا زال المانع برجوع الثاني ظهر الوجوب بحر (قوله وضمن المزكى) أي برجوعه وطواه اكتفاء بدلالة ضمن نهر وسيأتي في كلام الشارح ما يدل عليه زهوقوله هذا اذا رجع عن التزكية والتزكية ان يقول المزكى هم احرار مسلمون عدول أما لو اقتصر على هم عدول فلا ضمان عليه اذا ظهروا عبيدا اتفاقا شرنبلالية عن الفتح لانهم صادقون اذ الرق لا ينافي العدالة زيلعي (قوله وعندهما لاضمان عليه) لانه اثنى على الشهود خيرا فصار كشهود الاحصان ولانهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وذلك بالمباشرة أو التسبب ولم يوجد واحد منهما اما المباشرة فظاهر وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنى وهم لم يثبتوه وانما اثنوا على الشهود خيرا وذلك لا يوجب الضمان كشهود الاحصان فيكون في بيت المال ولابي حنيفة ان الشهادة لا تعمل ولا تكون حجة الا بالتزكية فصارت كعلة العلة لالزامهم القاضي القضاء بالبينة بخلاف شهود الاحصان لان الاحصان علامة ولهذا تشترط الذكورة في التزكية دون شهود الاحصان ولا فرق في التزكية بين ان تكون بلفظ الشهادة أو اخبر والا انه لا يشترط فيها لفظ الشهادة زيلعي (قوله هذا اذا رجع المزكي الخ) قيد برجوع المزكي لان شهود الاحصان لاضمان عليهم لو رجعوا خلافا لزفر وهو مبني على ان الاحصان هل هو شرط معمل للعلة وهو الزنى أولا قال الزيلعي ولاضمان على الشهود لان كلامهم لم يقع شهادة ولا يحدون للقذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث الخ وقوله لان كلامهم لم يقع شهادة لظهور عدم أهليتهم لها (قوله وأما لو ثبت على التزكية) اوقال أخطأت نهر (قوله لم يضمن) لانه أخطأ فيما عمل لعامة المسلمين فصار كالقاضي زيلعي (قوله كما لو قتل من أمر برجمه) أي كما لو قتل المأمور برجمه من أمره القاضي برجمه وعلى هذا فالفعل مبني للفاعل كما هو الرواية والمفعول محذوف وهذا أولى من جعل من مفعولا والفاعل محذوفا لان البصريين لا يجوزون حذف الفاعل وكذا الكوفيون الا الكسائي وانما قلنا أولى ولم نقل الصواب لجواز التخريج

علي

(ولو رجع أحد (من) الاربعة بعد الرجم حد) الراجع وحده (وغرم ربع الدية) عندهم وقال الشافعي يجب القتل دون المال وقال زفر لا يحد الراجع أيضا (و) لو رجع (قبله) أي قبل الرجم بعد القضاء (حدوا) أي الشهود (ولا رجم) أيضا على المشهود عليه وقال محمد وزفر حد الراجع فقط وان رجع واحد منهم قبل القضاء والامضاء حدوا جميعا أيضا وقال زفر حد الراجع فقط (ولو رجع) بعد القضاء والامضاء (أحد الخمسه لاشئ عليه) أي على الراجع من الحد والغرامة (فان رجع آخر) من الاربعة الباقية (حدا وغرما ربع الدية) انصافا (وضمن المزكى دية المرجوم ان ظهروا عبيدا) عند أبي حنيفة وعندهما لاضمان عليه ولكن الدية في بيت المال هذا اذا رجع المزكى عن التزكية وقال هم عبيد أو كفار الا أني تعمدت التزكية مع علمي بحالهم واما لو ثبت على التزكية وظهر انهم عبيد لم يضمن ولكن الضمان في بيت المال عندهم (كما لو قتل من أمر برجمه) أي ضمن المزكى كما ضمن دية المقتول من أمر برجمه فقتله (ثم ظهروا كذلك) أي عبيدا

على مذهب الكسائى المجوز لحذف الفاعل حموى (قوله وفى القياس يجب القصاص) لانه قتل نفسا معصومة بغير حق عينى (قوله وفى الاستحسان الخ) لان القضاء وقت القتل كان صحيحا ظاهرا فاورث شبهة قيد بأمره لانه لو قتله قبله كان على القاتل القصاص فى العمد والدية على عاقلته فى الخطأ وظاهر ان المراد بالامر هو الكامل وهو ان يكون بعد استيفاء ما لا بد منه أما لو كان ناقصا بان كان قبل تعديل الشهود خطأ منه وجب القصاص فى العمد والدية فى الخطأ وقيد بالمأمور برجمه لان المأمور بقتله قصاصا لو قتل وجب القصاص فى العمد والدية فى الخطأ اظهر الشهود عبيدا أو لا نهر عن الزيلعى فى الدية وقوله لان القضاء وقت القتل كان صحيحا ظاهرا يعنى ان القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضى تكفى لا براث الشبهة لانه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم فصورته تمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة فى اسقاط الحد ولهذا لا يجب القصاص على الولى اذا جاء المشهود بقتله حيا عناية وقوله لان المأمور بقتله قصاصا لو قتل وجب القصاص يعنى وكان القاتل غير الولى ولهذا علل فى الدرر وجوب القصاص على القاتل بان الاستيفاء للولى (قوله فى ماله) لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد حموى (قوله فى ثلاث سنين) لانه مال وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا حموى (قوله وان رجم الخ) بالبناء للفاعل كذا ضبطه الاساتذة فى كلام صاحب الهداية ليرجع ضميره الى الرجل فى قوله فضرب رجل عنقه قال فى غاية البيان ويجوز ان يبنى للمفعول نهر وهذه المسئلة يترا آى انها مكررة وليس كذلك لانها انما ذكرت ثمة نفيا لوجوبها على الشهود وهنا للنفى عن القاتل والوضع مختلف أيضا حموى عن قراحصارى (قوله فديته فى بيت المال) لانه فعل بأمر الامام فينتقل اليه عينى ولم أرهل الدية تؤخذ حالا أو مؤجلة بحر (قوله وان كان النظر الى الفرج عمدا فسقا) هو قول بعض العلماء حكاه فى الجامع الصغير لشمس الائمة وقال فى العناية بعد نقله ولكنا نقول النظر الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء فى البئر والميل فى المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا انتهى بقى ان يقال ظاهر كلام الشارح يقتضى ان تعمد النظر الى الفرج وان كان فسقا على القول به لا يمنع من قبول الشهادة وليس كذلك فلو قال كما فى الزيلعى والعينى وقال بعضهم لا تقبل لاقرارهم على أنفسهم بالفسق لان النظر الى عورة الغير عمدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا وقع اتفاقا من غير قصد لكان صوابا لان القائل بعدم جواز تعمد النظر يقول بعدم قبول الشهادة (قوله الاحصان) هو الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة عناية (قوله معناه انكر الدخول الخ) كذا فى الزيلعى والعينى والبحر ويخالفه ما فى النهر حيث قال انكر الاحصان أى اجتماع شرائطه المتقدمة فيه كان أنكر النكاح أو الدخول فيه أو الحرية انتهى (قوله فشهد عليه رجل وامرأتان) وكيفية الشهادة بالدخول ان يقول تزوج امرأة وجامعها أو باضعها وكذا لو قال دخل بها عندهما خلافا لمحمد لانه مشترك بين الوطء والزفاف والخلوة والزيارة قلنا الدخول اذا أضيف الى المرأة بحرف الباء يستعمل للجماع بخلاف دخل عليها فانه للزيارة وأفهم كلامه انه تقبل فيه الشهادة على الشهادة وكذا الشهادة بالتسامع حموى وفى الشرنبلالية لا يثبت الاحصان بلفظ القربان ولا بلفظ الاتيان وعن الثانى انه لو شهد على اقراره به شاهدان لا يحد وفى المحيط تزوجها بلا ولى ودخل بها قال الثانى لا يكون محصنا لان هذا النكاح غير صحيح قطعا لاختلاف العلماء والاخبار فيه نهر (قوله أى على الاحصان) أو على المنكر بالاحصان حموى عن قراحصارى (قوله أو ولدت الخ) أى قبل الزنى فى مدة يتصور كونه منه وقد أنكر الدخول بها واعترف بباقى الشرائط نهر فان قلت قوله أو ولدت لا يستقيم لانه جملة حالية ولا بد فى الماضى المثبت من الواو وقد قلت يجوز فيه الضمير بلا واو ومثل جاء زيد قد خرج غلامه واما قد فتكون مقدرة أو يكون تقديره أنكر الاحصان فولدت لانه عطف على

وفى القياس يجب القصاص وفى الاستحسان تجب الدية فى ماله فى ثلاث سنين (وان رجم) المأمور به كما امر به (فوجدوا عبيدا) مثلا (فديته فى بيت المال ولو قال شهود الزنى تعمدنا النظر) الى فرجيهما حسبة حتى يحل لنا اداء الشهادة ونقول رأيناه وطئها كالميل فى المكحلة (قبلت شهادتهم) وحد المشهود عليه وان كان النظر الى الفرج عمدا فسقا (ولو أنكر) المشهود عليه (الاحصان) بعد شهادة الاربعة معناه انكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط (فشهد عليه) أى على الاحصان (رجل وامرأتان او ولدت زوجته منه) اى

فشهدوا ومتى ثبت الاحصان بالولادة بعد الانكار فبالولادة قبله اولى حموي عن قراحصاري (قوله وكانا مقرين بأن الولد ولدهما) لان الشارع أثبت نسب الولد منه والحكم بثبوت نسب الولد منه حكم بالدخول بها ولهذا يعقب الرجعة زيلعي يعني اذا طلقها بعدما ولدت منه منكرا وطئها في مدة يتصور ان يكون منه شيخنا (قوله خلافا لزفر والشافعي في الاولى) فزفر يقول انه شرط في معنى العلة فلا تقبل فيه شهادة النساء احتيالا للدرء والشافعي جرى على أصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنى فلا تكون في معنى العلة لان أدنى درجات العلة ان تكون مفضية الى المعلول وهو في المانع غير معقول در ولكن ما جعله في الدرر تعريفا للعلة جعله الزيلعي تعريفا للسبب وفرق بينهما بأن العلة ما توجبه أي الحكم والسبب ما يفضي اليه (فروع) خلا بها ثم طلقها وقال وطئتها وأنكرت فهو محصن باقراره دونها لان الاقرار حجة قاصرة كما لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية وقال أي الزوج كنت مسلمة فيرجم المحصن ويجلد غيره وبه استغنى عما يوجد في بعض نسخ المتن من قوله اذا كان أحد الزانيين محصنا يحد كل منهما حده فيرجم المحصن ويجلد غير المحصن بحر ولا ينافيه ما سبق من قول المصنف وهما بصفة الاحصان زمن الدخول لان احصانهما ثابت بالنظر لاقرار المقر فلهذا يقام حد الرجم على المقر لاقراره دون الآخر لعدم سراية الاقرار عليه ما لم يثبت احصانه بالبينة

(باب حد الشرب)

أي شرب المسكر أو المراد المشروب المعهود حموي أخره عن الزنى لانه أقبح منه وأغلظ عقوبة وقدمه على حد القذف لتيقن الحرمة في الشارب دون القاذف لاحتمال صدقه وتأخير حد السرقة لانه لصيانة الاموال التابعة للنفوس بحر (قوله من شرب خمرا) ذكرا كان أو أنثى أو خنثى مشكلا أخذا من عموم كلمة من وهو النيء من ماء العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد فان لم يقذف فليس بخمر عند الامام خلافا لهما وبقولهما أخذ أبو حفص الكبير خانية وفي البرهان وهو الاظهر وفي التنوير وعليه الفتوى ولو خلط بالماء فان كان الماء غالبا لا يحد الا اذا أسكر خانية والظاهر في المساوي انه يحد سكر أو لا تغليبا للحاظر على المبيح وفي المنية لو قال لم أعلم بحرمتها حد حموي لان العلم بالحرمة يكون حقيقيا وحكما بأن يكون في دارنا لكن يستثنى منه الحربي اذا دخل دارنا فأسلم فشرب الخمر جاهلا بالحرمة لا يحد بخلاف الزنى لحرمته في كل ملة وأورد في الدر حرمة السكر أيضا في كل ملة انتهى وأقول هذا الايراد لا يلزم من شرب الخمر وجود السكر وكذا يستثنى ما اذا شرب الخمر حلال والتجأ الى الحرم فانه لا يحد لانه قد عظم الحرم بخلاف ما اذا شرب في أصل الحرم فانه يحد لانه قد استخفه حموي عن البرجندي عن الظهيرية يعني حد بعد اخراجه من الحرم للنهي عن اقامة الحدود في المساجد والظاهر ان التقييد بالحلال في كلامه اتفاقي أو لاستبعاد فعل هذه الجناية وهو في هذه العبادة لا للاحتراز عن المحرم اذ لا يظهر بينهما فرق (قوله المكلفين) الناطقين ففي الخانية لا يحد الاخرس سواء شهد الشهود عليه أو أشار باشارة معهودة لان الحدود لا تثبت بالشبهات ويحد الاعمى ولو قال ظننتها لبنا أو قال لا أعلم انها خمر لا يقبل ذلك لانه يعرفها بالرائحة والذوق من غير ابتلاع وان قال ظننتها نبيذا قبل منه لان النبيذ بعد الغليان والشدة يشارك الخمر في الذوق والرائحة بحر (قوله لان الذمي الخ) لان حد السكر والخمر لا يقام على أحد من الكفار حتى لو ارتد فشرب خمرا او سكر من غيره فأسلم لا يحد لكن في منية المفتي سكر الذمي من الحرام حد في الاصح ولعل هذا هو العذر للمصنف في حذفه قيد الاسلام الا انه في فتاوى قاري الهداية أجاب بأن المذهب انه لا يحد وأفتى الحسن انه يحد واستحسنه بعض المشايخ لان السكر في جميع الاديان حرام وفيها لو سرق الذمي أو زنى فأسلم

وكانا مقرين بأن الولد ولدهما (رجم) المشهود عليه في الصورتين خلافا لزفر والشافعي في الاولى

(باب حد الشرب) (من شرب خمرا) أي من المسلمين المكلفين في دار الاسلام لان الذمي لا يحد وكذا المسلم لا يحد اذا شربها في دار الحرب

ان

ان ثبت عليه ذلك باقرار أو شهادة المسلمين حدّ والا فلا نهر (قوله فأخذ ريحها الخ) أفاد اشتراط وجود ريحها وقت التحمل دون الاداء شيخنا (قوله موجود) في الهداية موجودة وهو الحق لان الريح مؤنث سماعي وأجاب في النهر بأن تذكير الخبر على معنى الشم أي وشم ريحها موجود قال الحموي وأقول لا حاجة الى هذا التكلف فان مفعولا بمعنى فعيل وفعيل اذا كان تابعا للموصوف لا تلحقه علامة التأنيث فكذلك ماهو بمعناه وقد كنت أجبت بهذا عن قول الهداية في فصل كفارة الظهار ان الرقبة عبارة عن الذات المرقوق حيث لم يقل المرقوقة انتهى ولو أخر المصنف اشتراط وجود الرائحة عن السكر بأن قال بعد قوله أو كان سكران ولو بنبيذ وأخذ وريح ماشرب منه موجود لكان أولى بحر ومافي النهر من انما اكتفى بالسكر لاستلزامه ذلك نظر فيه الحموي بأن الريح قد تزول باستعمال بعض الادوية المزيلة للرائحة عقب الشرب انتهى واعلم ان وجه التنظير في كلام صاحب النهر ان ماعلل به في الاستلزام يفيد عدم اقامة الحد اذا ذهبت ريحها بالمعالجة ولو قبل زوال سكره وليس كذلك فلو علل الاكتفاء بأن وجود السكر مغن عن اشتراط وجود الرائحة لاستقام كلامه يدلك على هذا مانقله الحموي عن البرجندي عن المحيط من ان ذهاب الرائحة بالمعالجة لا يمنع اقامة الحد (قوله وشهد رجلان) بالشرب بعد ان ثبت عند القاضي ان الريح قائمة حال الشهادة بأن شهدا به أيضا أو بالشرب فقط فيأمر القاضي باستنكاهه فان زالت لبعد المسافة فلابد من شهادتهما بالشرب أو يقولا أخذناه وريح الخمر موجودة وفي غير الخمر لابد ان يشهدوا بأنه سكر من غيرها مع وجود رائحة المسكر قال في الخانية ثم يسألهم عن الخمر ماهي وكيف شرب ومتى شرب وأين شرب انتهى قال في النهر واستغنى المصنف عن ذلك بقوله وريحها موجود وتصريحه بكونه طائعا انتهى (قوله أو أقر مرة) لم يتعرض المصنف لسؤال القاضي المقر عن الخمر ماهي وكيف شربها وأين شرب وينبغي ذلك كما في الشهادة وفي قوله ان علم شربه طوعا اشارة الى ذلك شرنبلالية (قوله وريحها موجود) فلا فرق في اشتراط عدم التقادم المفسر بذهاب الريح عندهما بين الشهادة والاقرار واما عند محمد فعدم التقادم المفسر عنده بمضي شهر شرط في الشهادة فقط وليس بشرط في الاقرار (قوله ان علم شربه طوعا) بأن شهدا بذلك وان لم يشهدا به لا تقبل بحر ولو قال أكرهت لا يقبل لان الشهود يشهدون بالطوع فلو قبل قوله لم يحد أحد ولو شهد بالاكراه بينة تقدم حموي عن التتارخانية والحاصل ان شروط وجوب الحد خمسة الاول وجود ريح الخمر الثاني وجود السكر من غير الخمر من الاشربة المحرمة الثالث شهادة رجلين أو اقراره مرة واحدة الرابع ان يكون شربه طوعا الخامس ان يكون صاحيا (قوله وكذا في حالة السكر لا يحدّ) كذا في بعض النسخ فلو حدّ في سكره لا يكتفي به لعدم فائدته بحر وسبقه اليه العيني قال في الشرنبلالية وفيه تأمل انتهى لان الالم حاصل وان لم يكن كاملا ويصدق عليه انه حدّ فلا يعاد بعد صحوه من مناهي الشرنبلالي (قوله وانما قيدنا النبيذ بالتمر الخ) خلاف المختار قال في النهر وفي طلاق البزازية لو سكر من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل المختار في زماننا لزوم الحدّ وقال محمد ما أسكر كثيره فقليله حرام وهو نجس أيضا قالوا وبقول محمد نأخذ انتهى (قوله لانه لو كان من نبيذ العسل ونحو ذلك لا يحد) هذا انما يتم اذا جعلت الواو في قوله ولو نبيذ التمر للحال اما اذا جعلت عاطفة على ضد الشرط المذكور فلا حموي (قوله لا يحدّ بمجرد وجود الرائحة) وكذا الرجل يوجد معه ركوة من خمر وكان في عهد أبي حنيفة من يقول بوجوب الحدّ عليه فقال له الامام لم تحدّه قال لان معه آلة الشرب والفسق فقال له الامام فارجمه اذن فان معه آلة الزنى كذا في الظهيرية وفي حصر الثبوت في البينة والاقرار دليل على ان من يوجد في بيته الخمر وهو فاسق أو جلسوا مجلس من يشربها ولم يرهم يشربها لا يحدون بل يعزرون بحر (قوله بعد مضي ريحها) لان قيام الاثر من أقوى دلائل قرب الشيء فيقدر به بخلاف غيره من الحدود لعدم الاثر فيها فيتعذر اعتباره وكونه مقرّا لا ينافي التأكيد باشتراط الرائحة كما لا ينافي التأكيد في الزنى باشتراط التكرار ومافي الدرر من جعله التقييد بقوله بعد مضي ريحها قيدا لمجموع الاقرار والشهادة

(فأخذ وريحها موجودا أو كان سكران ولو) كان سكره (بنبيذ التمر وشهد رجلان أو أقر مرة) وريحها موجود (حدّ ان علم شربه طوعا وصحا) أي أفاق وان علم شربه كرها لا يحد وكذا في حالة السكر لا يحد وعن أبي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وانما قيدنا النبيذ بالتمر لانه لو كان من نبيذ العسل ونحو ذلك لا يحد كذا في الهداية وانما قيد بشهادة الرجال لانه لا تقبل فيه شهادة النساء وان شهدتا مع رجل واعلم ان التقييد بالشهادة أو الاقرار اشارة الى انه لا يحد بمجرد وجود الرائحة كما يأتي صريحا في المتن (وان أقر) بشرب الخمر (أو شهدا) به طوعا (بعد مضي ريحها الا لبعد المسافة أو وجد منه رائحة الخمر أو تقاياها) أي الخمر (أو رجع عما أقر) قبل اقامة الحد أو في وسطه

انتهى أي جميعهما لان المجموع يشمل الكل والبعض بخلاف الجميع بحسب الاستعمال كما سلكه الشيخ
خالد في شرحه على الآجرومية والازهرية والافعنا هما لغة عكس ذلك شيخنا واعلم ان وجود الرائحة لابد
منها سواء كان قد شرب الخمر أو سكر من نبيذ وقول الزيلعي وأشار في الهداية الى انه لا يشترط قال في البحر انه
غير صحيح لانه قال أولا ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاؤا به وهو سكران وثانيا فان أخذه
الشهود وريحها توجد أو سكران وكونه سكران مغن عن اشتراط وجود الرائحة اذ لا يوجد سكران بغير رائحة
ما شرب به انتهى وفيه نظر اذ ما نقله في البحر عن الهداية لا ينافي ما ادعاه الزيلعي من ان في كلام الهداية
اشارة الى عدم اشتراط وجود الرائحة اذا سكر من نبيذ مثلا فيكتفى بالسكر عن اشتراط وجود الرائحة حتى
لو ذهبت الريح بالمعالجة لم يكن ذلك مانعا من اقامة الحد كما قدمناه عن البرجندي معزيا للمحيط وهذا الذي
قد فهمه الزيلعي من عبارة الهداية هو الظاهر مما نقله في البحر عنها أولا وثانيا حيث عبر بأو المشعرة
بذلك وقوله في البحر وكونه سكران مغن الخ تقرير لكلام الزيلعي وتعليله ذلك بقوله اذ لا يوجد سكران الخ
غير مسلم لما علمت من عدم التلازم بينهما (قوله أو أقر حال كونه سكران) لانه يحتمل الكذب فيحتال
لدرئه ودل كلامه ان اقراره حال السكر بالحدود الخالصة غير صحيح اما غير الخالصة كحد القذف فيصح
وعرف منه ان اقراره بحقوق العباد الخالصة كالقصاص والاموال والنكاح صحيح بالاولى ولهذا لو أقر
بالسرقة أخذ منه المال ولم يقطع وقالوا ان ارتداده غير صحيح أي قضاء كما في الشرنبلالية عن الفتح اما ديانة
فان كان في الواقع قصد التكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا انتهى ولو أسلم ينبغي ان يصح كاسلام المكره
زيلعي وفي النهر عن الفتح ما يخالفه ووفق شيخنا بما في الخانية من ان اسلام المكره اسلام عندنا ان كان
حربيا وان كان ذميا لا يكون اسلاما انتهى فيحمل كلام الزيلعي على الحربي وكلام الفتح على الذمي فتزول
المخالفة هذا اذا سكر من محرم واما اذا سكر من مباح كشرب المضطر والمكره فلا تعتبر تصرفاته لانه بمنزلة
الاغماء لعدم الجناية وفي الخانية لو زال عقله بالبنج وطلق ان كان يعلمه حين التناول وقع والا فلا وعن
ابي يوسف ومحمد لا يقع من غير فصل وهو الصحيح انتهى وهذا يدل على ان البنج حلال على الصحيح بحر
ويخالفه ما جزم به في التنوير من كتاب الاشربة بحرمته ونصه ويحرم أكل البنج والحشيشة والافيون لكن
دون حرمة الخمر انتهى قلت التوفيق بينهما ممكن بأن يحمل تصحيح البحر الاباحة على أحد نوعي البنج فلا
ينافي ما جزم به في التنوير من الحرمة لحمله على النوع الآخر لان البنج على نوعين كما نقله شيخنا عن
القهستاني آخر كتاب الاشربة ونصه ان البنج أحد نوعي شجر القنب حرام لانه يزيل العقل وعليه الفتوى
بخلاف نوع آخر منه فانه مباح كالافريت لانه وان اختل العقل به لكنه لا يزيله وعليه يحمل ما في الهداية
وغيرها من اباحة البنج كما في شرح اللباب ونقل شيخنا أيضا عن نوح أفندي في الاشربة ان البنج ثلاثة
أصناف منه ما بزره أسود ومنه ما بزره أحمر ومنه ما بزره أبيض واخبثه الاسود ثم الاحمر والابيض أسلم
منهما وهو المستعمل لتسكين الاوجاع ومنع النزلات والتنويم لكن يغيب العقل ويحدث الجفاف وكثيره
يقتل اذا لم يعالج ووزن المثقالين من الاسود يقتل كما ان درهمين من الافيون يقتل اذا لم يعالج واعلم ان
السكران كالصاحي الا في سبع كما في الاشباه وغيرها وهي الردة والاقرار بالحدود الخالصة والاشهاد على
شهادته وتزويج الصغيرة أو الصغير بأقل من مهر المثل أو بأكثر فانه لا يتوقف والوكيل بالطلاق
اذا سكر فطلق لم يقع والوكيل بالبيع اذا سكر فباع لم ينفذ ولو غصب من صاح ورد عليه وهو سكران لا يبرأ
انتهى وكون المسائل المستثناة سبعة يبتني على مذهب الامام ومحمد من ان ارتداده لا يصح واما عند أبي
يوسف فارتداده كفر كما في الزيلعي عن الذخيرة والخلاف فيما لو سكر من محرم فلو من مباح لم يكفر بالاتفاق
وانما لا يصح ارتداده فلا تبين امرأته لعدم القصد والاعتقاد كما في الزيلعي وفي العناية روي ان عبد الرحمن
ابن عوف صنع طعاما فدعا بعض أصحابه فأكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها فأمهم في صلاة
المغرب عبد الرحمن أو غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح اللاآت مع ان اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفرا

(أو أقر) حال كونه (سكران بأن زال عقله

من

من ذلك القارئ فعلم ان السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من الكفر انتهى فان قلت كما ان الكفر من الاعتقاد فكذا الاسلام و يصح اسلام السكران وأيضا اجراء كلمة الكفر على لسانه غير متوقف على تبدل الاعتقاد كالصاحي فلم توقف هنا قلت نعم الا ان السكران له نوع تمييز بدليل توجه الخطاب اليه وصحة طلاقه ونحوه لان السكر يخلط عقله ولا يسلبه فاعتبرنا ذلك القدر في صحة اسلامه دون كفره لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه كما في ارتداد المكره واسلامه واما الثاني فلان الصاحي اذا جرى على لسانه الكفر دل على الاستخفاف بالدين لثبات عقله فيكفر بخلاف السكران وما في الكتاب استحسان والقياس ان تبين امرأته حموي عن الرمز قال لكن في الجواب الاول نظر يعلم بمراجعة الحواشي اليعقوبية انتهى وقوله واما الثاني هو قوله وأيضا اجراء كلمة الكفر الخ (قوله لا يحد في جميع الصور المذكورة) اما سقوط الحد فيما اذا شهدوا به أو أقر بعد مضي الرائحة فللتقادم وفي الرجوع فلانه خالص حق الله وفيما اذا وجد منه رائحة الخمر أو تقاياها بدون اقرار ولا بينة فلانه يحتمل انه شربها مكرها أو مضطرا والرائحة تحتمله أيضا فلا يجب بالشك وفيما اذا أقر وهو سكران فلان الاقرار يحتمل الكذب فكان شبهة (قوله خلافا لمحمد في صورة الاقرار والشهادة بعد المضي) هذا مبني على ان التقادم في الشرب مقدر بشهر عنده كغيره من الحدود فيما اذا ثبت عليه بالبينة وان ثبت بالاقرار يؤخذ باقراره ولا يبطل بالتقادم لمحمد حيث لم يشترط وجود الرائحة ان عثمان أقام الحد على الوليد بن عقبة بشهادة الشهود ولم يشترط وجود الرائحة عيني ولانها قد تكون من غيره كما قال الشاعر

يقولون لي أنكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

ولهما قول ابن مسعود فيمن شرب الخمر تلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وعن عمر انه أتي برجل قد شرب الخمر بعد ما ذهبت رائحتها واعترف به فعزره ولم يحده ولا يقال هذا استدلال بنفي الحكم عند انتفاء الشرط وهو فاسد لانا نقول بل هو استدلال بعموم الاجماع لان ثبوت هذا الحد كان باجماع الصحابة وكان اجماعهم برأي عمر وابن مسعود وقد شرطا فيه الرائحة ولا اجماع عند عدم الرائحة ومطلق قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه مخصوص بالمضطر والمكره فجاز تخصيصه أيضا باجماعهم زيلعي وهو ظاهر في ترجيح مذهب الامام الاعظم وأبي يوسف لكن في النهر عن الفتح انه انتصر لمحمد حيث قال وهو الصحيح وفي غاية البيان والصحيح عندي قول محمد انتهى فقد اختلف الترجيح والوليد بن عقبة بالقاف كان ولاه عثمان الكوفة بعد عزل سعد بن أبي وقاص واستعظم الناس ذلك ثم عزله بعد جلده وولاها سعيد بن العاص وأسلم الوليد وأخوه عمارة يوم الفتح شيخ عبد الحي عن الاصابة والتلتلة التحريك الشديد والمزمزة التحريك بعنف نهر قال شيخنا وهذا يوافق ما في القاموس فان الذي فيه المزمزة بتقديم الميمين على الزاءين ومثله في النهاية وذكر الشيخ عبد الحي ان في الحديث روايتين تلتلوه بلامين وترتروه براءين ومعناهما التحريك انتهى والذي وجدته بخط الحموي في شرحه فلقلوه بالقاف مكان التاء والنكهة ريح الفم ونكهته تشممت ريحه واستنكهت الرجل فنكه في وجهي ينكه نكها بالفتح اذا أمرته بأن ينكه لتعلم أشارب هو ام غير شارب شيخنا عن الصحاح (قوله وقالا هو من يهذي الخ) أي من يكون أكثر كلامه هذيانا بدليل ما في الدر عن البحر من انه اذا كان نصف كلامه مستقيما فليس بسكران انتهى وعند الشافعي المعتبر ظهور أثر السكر في مشيه وحركاته وأطرافه قال الزيلعي وهذا مما يختلف بالاشخاص فان الصاحي ربما يتمايل في مشيه والسكران قد لا يتمايل (قوله واليه مال أكثر المشايخ) وفي الخانية وبقولهما أفتى المشايخ وفي الفتح واختاروه للفتوى واستدل للامام في الظهيرية بما روي عن ابن عباس انه قال من بات سكران بات عروسا للشيطان فعليه ان يغتسل اذا أصبح فهذا اشارة الى ان السكران من لا يحس بشيء مما يصنع به بحر ولان الحد عقوبة فتعتبر النهاية في سببه احتيالا للدرء ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز أصلا وما دونه لا يخلو عن شبهة

(لا) يحد في جميع الصور المذكورة خلافا لمحمد في صورة الاقرار والشهادة بعد المضي قوله بأن زال عقله بيان حد السكران يعني انما يتحقق كونه سكران اذا زال عقله فلا يعرف الرجل من المرأة ولا الارض من السماء وقالا هو من يهذي ويخلط جده بهزله ولا يستقر على شيء في صواب وخطأ واليه مال أكثر المشايخ وانما قال لا لبعد المسافة لانه لو ذهبت ريحها بسبب البعد حد

الصحو والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ماقالاه بالاتفاق للاحتياط فى الحرمات زيلعى (قوله وحد السكر) بضم السين وسكون الكاف كذا السماع لا بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتدّ وقيل كل شراب أسكر وفيه قصور لانه يقتضى وجوب الحدّ بمجرد الشرب كالخمر وجوابه كما فى النهران هذا مدفوع بما قدّمه أوّل الباب من انه لا يحدّ بشئ من الانبذة الا بالسكر (قوله وللعبد نصفه) لرواية الموطأ ان عمر وعثمان وعبد الله بن عمر جلدوا عبيدهم نصف الحدّ فى الخمر نهر ولان الرق منصف بحر (قوله سواء كان حرا أو عبدا) صوابه أربعون ان كان حرا وعشرون ان كان عبدا حموى للشافعى ماروى عن أنس انه عليه السلام ضرب فى الخمر بالجريد والنعال وضرب أبو بكر أربعين وبه قال أحمد فى رواية ولنا قول على رضى الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون جلدة وعليه اجماع الصحابة ومارواه كان بجريدتين أو بنعلين فكان كل ضربة ضربتين والذى يدلك على هذا قول أبى سعيد جلد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمر بنعلين فلما كان فى زمن عمر جعل بدل كل نعل سوطا وفى الصحيح ان عثمان أمر عليا ان يجلد الوليد ثمانين عينى (قوله وفرق على بدنه) لان تكرار الضرب فى موضع واحد قد يفضى الى التلف وانما قال كحدّ الزنى تنبيها على انه يتوقى المواضع التى استثنيت فى حدّ الزنى وهى الرأس والوجه والفرج (قوله وتنزع ثيابه) يعنى غير الازار درر وهذا أى نزع ثيابه هو المشهور عن أصحابنا لان سببه متيقن به كحدّ الزنى بخلاف حدّ القذف لاحتمال ان يكون القاذف صادقا عينى ففى حدّ القذف لا يجرّد اتفاقا الا الفرو والحشو نهر وفيه عن البحر انه يجرّد فى التعزير وفى الشرنبلالية اشارة الى ان المرأة لا تجرّد عن ثيابها الا انه قال و ينزع ثوبه أى الرجل (قوله وعن محمد لا يجرّد هاهنا) اظهارا للتخفيف بخلاف حدّ الزنى عينى قال فى الغاية وهو الاصح عندى لعدم ورود النص بذلك نهر (فروع) أقيم عليه بعض الحدّ فهرب ثم أخذ بعد التقادم لا يحدّ لما مران الامضاء من القضاء فى باب الحدود ولو شرب ثانيا يستأنف الحدّ سكران أوصاح جمح به فرسه فصدم انسانا فمات ان قادرا على منعه ضمن والا لا در عن العمادية ومنه يعلم ان مافى الدرر من قوله ان أقيم عليه بعض الحدّ فهرب فشرب ثانيا يستأنف الحدّ أى للشرب ثانيا اما الاول فلا

(باب حدّ القذف)

القذف لغة الرمى بالشئ وشرعا الرمى بالزنى وهو من الكبائر باجماع الامة واستثنى منه الشافعية ما كان فى خلوة لعدم لحوق العار وقواعدنا لا تاباه بحر وخالفه فى النهر وادّعى انه من الكبائر ولو فى الخلوة كما ذكره البلقينى مخالفا لابن عبد السلام وهذا اذا كان المقذوف محصنا اما قذف غير المحصن كصغيرة ومملوكة وحرة متهتكة من الصغائر درر (قوله أى من جهة العدد) أشار بهذا التفسير الى بيان معنى الكمية واعرابها حموى (قوله بأن شهد رجلان) و يسألهما القاضى عن القذف ماهو وكيف هو فان قالا نشهد انه قال له يازانى قبلت شهادتهما وحدّ القاذف ان كانا عدلين فان شهد أحدهما انه قال له يازانى يوم الجمعة والآخر انه قال يازانى يوم الخميس تقبل هذه الشهادة عنده وقالا لا تقبل وكذا لو شهد أحدهما بالاقرار والآخر بالانشاء بحر عن الظهيرية فما فى الشرنبلالية عن الكمال لا بدّ من اتفاق الشاهدين على زمان القذف انما هو على قولهما بقى ان ظاهر ماسبق عن البحر معزيا للظهيرية من قوله وكذا لو شهد أحدهما بالاقرار والآخر بالانشاء يفيد قبول هذه الشهادة عند الامام وكلامه فى النهر يفيد الاتفاق على انها لا تقبل ونصه ولو شهد أحدهما انه قذفه يوم الخميس والآخر انه أقرّ بقذفه فى ذلك اليوم لم يحدّ فى قولهم واما اتفاقهما على اللغة التى وقع القذف بها فالظاهر من كلامهم انه شرط بالاتفاق وقال الحموى و ينبغى ان يسألهما عن المكان لاحتمال ان يكون قذفه فى دار الحرب أو البغى وعن الزمان لاحتمال

ان

(وحد السكر) حد شرب (الخمر ولو شرب قطرة ثمانون سوطا) للحر (والعبد نصفه) وقال الشافعى حد الشرب أربعون سوطا حرا كان أو عبدا (وفرق) حد الشرب (على بدنه) وتنزع ثيابه (كحدّ الزنى) وعن محمد لا يجردها هنا

(باب حد القذف)

(هو كحد الشرب كمية) أى من جهة العدد (وثبوتا) بأن شهد رجلان أو أقر مرة

ان يكون قذفه فى صباه لالاحتمال التقادم لانه لا يبطل به بخلاف سائر الحدود ثم رأيت الاول فى البدائع انتهى (قوله ولو قذف الخ) يعنى وعجز القاذف عن اثبات مارماه فلو أقام أربعة شهدوا على زنى المقذوف ولو فى حال حده على احدى الروايات فلا حد على القاذف لخروج المقذوف عن كونه محصنا وكذا لو صدقه وهل يحد المقذوف ان شهدا بحد متقادم لم يحد ولو أقامها بعد ما حد قال الكرخى تقبل اذ الضرب الذى ليس بحد لا يمنع قبولها وفى شرح القاضى ابن أبى عوف لا تقبل فيحتمل ان يكون فيه روايتان نهر وقوله اذ الضرب الذى ليس بحد لا يمنع قبولها يعنى لانه بعد اقامة البينة تبين ان ذلك الضرب لم يكن حدا فى نفس الامر (قوله رجل أو امرأة) أشار بهذا المزج الى ان فى كلام المصنف حذف الفاعل وهو لا يجوز الا فيما استثنى حموى (قوله محصنا أو محصنة) قيد بذلك لانه لو قذف غيرهما لم يحد ومنه مالو قذف خنثى مشكلا لان نكاحه موقوف وهو لا يفيد الحل نهر وفيه نظر لانه لا دخل للنكاح البات المفيد للحل فى ايجاب حد القذف حتى يترتب على عدمه عدم وجوب الحد وانما ذاك فى حد الزنى بالرجم حموى واعلم ان قوله ان نكاحه موقوف يشير الى انه اذا زوج خنثى من خنثى فظهر أحدهما رجلا والآخر امرأة صح النكاح ولو كان الذى ظهرت ذكورته فرض وقت العقد أنثى كما فى الفتاوى الخيرية ويشترط أيضا أن لا يكون مجبوبا ولا أخرس وان لا تكون المرأة رتقاء ولا خرساء اذ المجبوب والرتقاء لا يحد قاذفهما الا انهما وان صدق عليهما تعريف المحصن لا يلحقهما العار بذلك لظهور كذبه بيقين والاخرس طلبه بالاشارة ولعله لو كان ينطق لصدقه شرنبلالية عن البحر والمبسوط وكذا لا حد على الاخرس بقذفه بان كان قاذفا بالاشارة أو الكتابة حموى عن شرح ابن الحلبى وكذا الخرس قبل الحد أو ارتدا وزنى أو وطئ حراما للشبهة فى النوع الاول وزوال الاحصان فى النوع الثانى ومافى النهر من انه يشترط ان لا يكون خصيا ولا مملوكا للقاذف كما سيأتى تعقبه الحموى بأن الذى سيأتى ما اذا قذف أم مملوكه واما المملوك فقذفه لا يوجب الحد مطلقا سواء كان مملوكه أو مملوك غيره كما سيأتى فى التعزير وحينئذ لا معنى للتقييد بمملوكه والخصى يتصور منه الزنى فانه من نزعت خصيتاه وبقى ذكره وقد اعتبروا فى كون الخصى عنينا عدم انتشار آلته وحينئذ كان الصواب ان يقال أو خصيا عنينا انتهى (قوله أو يا زانى) ولو قال لرجل يا زانية لا يحد فى قولهما وقال محمد يحد نهر قلت لعل محمله عند محمد جعل التاء للمبالغة ثم رأيت التصريح به فى الجوهرة حموى وأجمعوا انه لو قال لامرأة يا زانى حد نهر قلت فليتطلب الفرق والفرق كما يؤخذ من الجوهرة ان الاصل فى الكلام التذكير ووجهه فى الشرنبلالية بأن الترخيم شائع وتعقبه الحموى بأن الترخيم خاص بالعلم ولو قال لجماعة كلكم زان الا واحدا وجب الحد نهر ولقائل ان يقول كل واحد منهم صالح لان يكون مستثنى وحينئذ لا يجب الحد والجواب انه لو اعتبر ذلك لزم استثناء الكل من الكل وهو باطل حموى ونقل عن البدائع انه لو قال كلكم زان واحدا باسقاط أداة الاستثناء لا يجب الحد لان المقذوف مجهول انتهى ولو قال لرجلين أحدكما زان فقيل له هذا فقال لا لا حد عليه لان أصل القذف لم يقع موجبا نهر وعلله فى البدائع بانه لم يقذف الآخر بصريح الزنى ولا بما هو فى معنى الصريح حموى وقوله ولا بما هو فى معنى الصريح كما لو قال صدقت هو كما قلت يخاطب من قال لغيره يا زانى كما سيأتى (قوله ونحو ذلك) بالنصب عطفا على مفعول قال (قوله من صريح الزنى) أى من اى لسان كان شرنبلالية عن البرهان ومثله النيك ولو قال يا زانئ بالهمز لم يحد در ولو قال لرجل يا زانى فقال له غيره صدقت حد المبتدئ دون المصدق ولو قال به صدقت هو كما قلت فهو قاذف أيضا ولو قال زنيت ببعير او ناقة أو ما أشبهه لا حد عليه لانه نسبه لاتيان البهيمة ولو قال لامرأة زنيت بناقة أو اتان أو ثور أو دراهم فانه يحد لان معناه زنيت وأخذت البدل ولو قال زنيت بحمار أو بعير او ثور لا يحد كذا فى الفتح وبه يتبين ان حد القذف لا يجب مع التصريح بالزنى فى بعض المسائل لقرينة ويجب فى بعضها مع عدم التصريح مثل قوله فيما تقدم صدقت هو كما قلت فحينئذ يحتاج لضبط هذه المسئلة شرنبلالية عن البحر فان قلت يحتمل ان يكون المراد من

(ولو قذف) رجل أو امرأة رجلا (محصنا أو) امرأة (محصنة بزنى) بأن قال زنيت أو أنت زان أو يا زانى أو نحو ذلك من صريح الزنى

قوله لها زنيت بحمار او بعير او ثور انها أخذت ذلك بدلا على الزنى فيكون كقوله زنيت بناقة ونحوه فلم يسقط عنه الحد قلت انما سقط للاحتمال الآخر وهو ان يكون المراد نسبتها للتمكين من البهائم فلم يكن صريحا قال الحموى والفرس نظير الحمار بخلاف الرمكة فانها نظير الاتان انتهى عن البدائع (قوله حد بطلبه) اشترط طلبه مع ان حقه مغلوب احتيالا للدرء ولو المقذوف غائبا عن مجلس القذف وان لم يسمعه أحد بل وان أمره المقذوف بذلك در وقوله مع ان حقه مغلوب يبتنى على ما هو الاظهر من ان الغالب فيه حق الله كما فى الهداية والمطالبة ان يقول ان هذا قذفنى وان لى عليه حد القذف فأنا أطالبه بذلك حموى فان قلت يشكل على اشتراط الطلب ما فى الدر عاين القاضى رجلا يزنى أو يشرب لم يحده استحسانا وعن محمد يحده قياسا على حد القذف والقود فهذا يقتضى عدم اشتراط الطلب من المقذوف والولى قلت لا نسلم ذلك وانما المراد ان رؤيا القاضى القذف أو القتل تغنى المدّعى عن الاثبات وأما الطلب منهما فلا بد منه وفى الزنى والشرب لا بد من ثبوتهما بالبينة أو الاقرار ولا يكتفى بمعاينة القاضى (قوله كابن المقذوف) يعنى وكان المقذوف ميتا كما سيأتى فى المتن (قوله لان حد القذف لا يجب بالتعريض) حتى لو استب شخصان فقال أحدهما ما انا بزان ولا أمى بزانية لا حد عليه كذا فى الخانية خلافا لما ذكره ابن وهبان عن بعضهم قال امى ليست بزانية حال التخاصم حد وكذا لا حد بقوله يا حرام زاده وما فى الدر عن القنية يحد ابوه نسبه فلا حد انتهى اى فلا حد على من قال له انه ابن زنى (قوله مكلفا) اى عاقلا بالغا فقذف الصبى ولو مراهقا والمجنون لا يوجب الحد وفى البحر عن الظهيرية لو قذف مراهقا فادّعى البلوغ بالسن او الاحتلام لم يحد القاذف بقوله انتهى قال فى الشرنبلالية فهذا يستثنى من قول أئمتنا لو راهقا وقالا بلغنا صدقا واحكامهما احكام البالغين انتهى (قوله حرا) وفى الخانية ولا يجب حد القذف الا ان يكون المقذوف حرا ثبتت حريته باقرار القاذف او بالبينة اذا انكر القاذف حريته وكذا اذا انكر القاذف حرية نفسه وقال انا عبد وعلى حد العبيد كان القول قوله انتهى و يثبت الاحصان بشهادة رجل وامرأتين و بعلم القاضى ولا يحلف القاذف لا يعلم ان المقذوف محصن بحر عن الفتح وظاهر قوله فى النهر انه يحتاج الى اثباتها اى الحرية وان كان معروف النسب حموى و يشترط وجود الاحصان وقت الحد حتى لو ارتد سقط وان اسلم بعد ذلك (قوله عفيفا عن الزنى) بأن لم يكن وطىء امرأة بالزنى ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد فى عمره فان كان فعل ذلك مرة سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا الوطىء فى غير الملك أو وطىء امة مشتركة سقطت عدالته وان وطىء مملوكته وحرمتها موقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطىء امرأته فى الحيض او امته المجوسية وان كانت مؤبدة يسقط احصانه كامته وهى اخته رضاعا شرنبلالية عن الكمال قال ولم يصور الكمال بوطء الامة التى زوجها الا ان ملك متعتها ليس الا لزوجها خلافا للزيلعى حيث ذكر ان وطء امته التى زوجها لا يسقط احصانه ولو مس امرأة او نظر الى فرجها بشهوة فتزوج بنتها او امها ودخل بها لا يسقط احصانه عند ابى حنيفة وعندهما يسقط لتأبيد الحرمة وله ان كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها وانما قال بحرمتها احتياطا فهى حرمة ضعيفة لا ينتفى بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنى الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص شرنبلالية (قوله عن الزنى) وما فى معناه قال فى المبسوط واذا تزوج امرأة بغير شهود او فى عدة زوج آخر أو تزوجها وهى مجوسية ووطئها سقط احصانه لان العقد الفاسد غير موجب للملك والوطء فى غير الملك فى معنى الزنى حموى عن ايضاح الاصلاح فعلى هذا يفرق بين ما لو وطئ المجوسية بالنكاح حيث يسقط احصانه بخلاف وطئها بملك اليمين و وجه الفرق ان تمجسها مانع من صحة العقد عليها ولهذا لو أسلمت لم يجز وطؤها قبل تجديد العقد عليها بخلاف ملك اليمين فانه غير مانع من صحته وان كان مانعا من جواز وطئها ولهذا لو أسلمت لا يشترط لحل وطئها شئ آخر (قوله عن الوطء الحرام فى الملك) كوطء زوجته فى حيضها او وطء أمته المجوسية واحترز بقوله فى الملك عن الوطء الحرام فى غير الملك كالوطء بشبهة او بنكاح

(حد بطلبه) أى المقذوف حدا (متفرقا) كما فى حد الزنى وان لم يطلبه لا يحد الا ان يطلب غير المقذوف الذى يقع القدح فى نسبه كابن المقذوف حده الحاكم أيضا وانما قلنا من صريح الزنى لان حد القذف لا يجب بالتعريض (ولا ينزع عنه) هاهنا (غير الفرو والحشو واحصانه بكونه مكلفا حرا مسلما عفيفا عن الزنى) قوله عن الزنى احتراز عن الوطء الحرام فى الملك فانه لا يخرج الواطئ عن ان يكون محصنا

فاسد

فاسد ووطء الجارية المشتركة ووطء من هي محرمة عليه على التأبيد كامته التي هي اخته ومافي البحر من انه قيد بقوله عفيفا عن الزنى لانه لا تشترط العفة عن الوطء الحرام نظر فيه الحموي بان من جملة الوطء الحرام الذي ليس بزنى الوطء بنكاح فاسد والوطء بشبهة مع انه تشترط العفة منهما قال والجواب انه أراد الحرام لغيره انتهى قلت والقرينة على هذه الارادة قوله في البحر والحاصل ان من زنى أو وطئ بشبهة او بنكاح فاسد في عمره او وطئ من هي محرمة عليه على التأبيد سقط احصانه والا فلا انتهى والعجب من السيد الحموي انه بعد ان ذكر الجواب عن صاحب البحر بانه أراد الحرام لغيره ذكر ان ماذكره في البحر من هذا الحاصل مناف لما سبق من قوله قيد بقوله عفيفا عن الزنى الخ فكانه ذهل عما ذكره من الجواب وماذكره في الكافي كل شئ اختلف فيه الفقهاء حرمه بعضهم واحله بعضهم فانى أحد قاذفه وفيه قال أبو يوسف كل من درأت الحد عنه وجعلت عليه المهر وأثبت نسب الولد منه فانى أحد قاذفه قال في النهر ويشكل على الكلية الثانية مالو وطئ الامة المشتركة فانه لا يحد قاذفه قال العلامة الحموي انما يتم الاشكال اذا كان أبو يوسف يقول بعدم الحد وروى عن أبي يوسف انه يحد كما في المفتاح وعليه فلا اشكال انتهى ولو وطئ أمته ثم استبان انها أخته يحد قاذفه ولو شهد أربعة على رجل انه زنى بفلانة بنت فلان الفلانية وأثبتوه والمرأة غائبة ورجم الرجل ثم قذفت تلك المرأة الغائبة فخاصمته الى القاضي الذي قضى بالرجم القياس ان يحد قاذفها لان القاضي انما قضى عليه لا عليها وفي الاستحسان لا يحد بحر وفيه عن القنية لوسمع اناس من اناس كثيرة ان هذا ولد فلان وفلان يجحد فلهم ان يشهدوا انه ولده بمجرد السماع وان لم يعلموا حقيقة الحال ولو قذف شخص هذا الولد بانه ابن زنى لا حد عليه انتهى (قوله فلو قال لغيره لست لابيك الخ) ولو نفاه عن أمه أو قال لست لابيك وامك أو لست ابن فلان وفلانة وهما أبواه لا حد عليه مطلقا شرنبلالية عن الفتح والبحر وانما لا يحد بقوله لست لامك لانه صدق لان النسب الى الآباء عيني (قوله في غضب) متعلق بالمسئلتين نهر وهو مستفاد من كلام الشارح (قوله حد) لاثر ابن مسعود قال لا حد الا في قذف محصنة اونفى رجل عن أبيه وشرط ان يكون في غضب لانه في غير حالة الغضب قد يراد به المعاتبة أي انت لا تشبه أباك في المروءة والسخاء فلا يحد مع الاحتمال وفي حالة الغضب يراد به الحقيقة زيلعي وكذا يحد بقوله يا فرخ الزنى يا بيض الزنى يا حمل الزنى يا سخل الزنى بخلاف مالو قال يا كبش الزنى نهر وفيه عن الجوهرة لو قال لست ولد حلال كان قذفا (قوله كنفيه عن جده) لانه صادق في كلامه لانه ابن أبيه لا ابن جده عيني (قوله لعربي) أي منسوب الى العرب وهم الجيل المعروف وكل من سكن بلاد العرب وجزيرتها ونطق بلسان اهلها فهو عرب حموي (قوله يا نبطي) بفتح الموحدة كما في القاموس وينبغي في الغضب ان يعزر لان النسبة الى الاخلاق الدنيئة تجعل شتما في الغضب ويؤيده مافي المبسوط لو قال لست بهاشمي عزر وعلى هذا لو نسبه لغير قبيلته اونفاه عنها نهر (قوله ويا ابن ماء السماء) لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء وكان عامر بن حارثة يلقب بماء السماء لكرمه وقالوا انه كان يقيم ماله في القحط مقام القطر وسميت أم المنذر بن امرئ القيس بماء السماء لحسنها وجمالها وقيل لاولادها بني ماء السماء وهم ملوك العراق زيلعي ولقب به أيضا النعمان بن المنذر حموي قال في ايضاح الاصلاح وفيه نظر لان حالة الغضب تأبى عن هذا القصد والجواب كما في النهر هو انا نلتزمه فنجعله سبا لنفي الشجاعة في هذه الحالة اما كونه نفيا موجبا للحد فلا اذ لم يعهد استعماله لذلك القصد قال في الفتح ولو كان هناك رجل معروف اسمه ماء السماء يحد في حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن انتهى (قوله اولست بعربي اولست من قبيلة فلان الخ) المنفي لزوم الحد فلا ينافي ماسبق عن النهر من انه يعزر (قوله النبط جيل من الناس مختصون بالاخلاق الذميمة الخ) ألا ترى انه يقال للمصري انت رستاقي او أنت قروي وروي عن ابن عباس انه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطي فقال لا حد عليه زيلعي وهو حجة على ابن أبي ليلى درر (قوله ونسبته الى عمه الخ) أما اذا نسبه الى عمه اوخاله او مربيه فلانه ينسب اليهم عادة مجازا وكذا اذا نسبه الى جده لهذا المعنى

(فلوقال لغيره لست لابيك أولست بابن فلان في غضب) متعلق بقال (حد) هذا انما يكون قذفا اذا كانت أمه محصنة لانه في الحقيقة قذفها (وفي غيره) أي غير الغضب (لا) يحد كنفيه) أي كما لا يحد في نفيه (عن جده) بأن قال لست بابن فلان وفلان جده (وقوله) أي كما لا يحد في قوله لعربي يا نبطي وياابن ماء السماء) أولست بعربي أولست من قبيلة فلان لقبيلته التي هو منها وقال ابن أبي ليلى يحد النبط جيل من الناس مختصون بالاخلاق الذميمة وعدم الفصاحة (ونسبته) أي كما لا يحد في نسبته (الى عمه) أو جده أو زوج أمه أو خاله (أو رابه) أي الذي رباه (ولو قال) لرجل (يا ابن الزانية وأمه

قال تعالى حكاية عن اسرائيل وبنيه عليهم السلام حين حضرته الوفاة قالوا نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحاق وابراهيم كان جده واسحاق أباه واسماعيل عمه وقال عليه السلام الخال اب وقال تعالى حكاية عن نوح عليه السلام ان ابنى من أهلى قيل انه كان ابن امرأته ونسبته الى المربى فى الكتاب دون زوج الام يشير الى ان العبرة فيه لتربيته لا غير حتى لو نسبه الى من رباه وهو ليس بزوج لامه وجب ان لا يحد زيلعى فعطف الراب على زوج الام فى كلام الشارح من عطف العام على الخاص (قوله ميتة) قيد بموتها لانها اذا كانت حية فالمطالبة لها وعند وجود المقذوف ليس لاحد المطالبة حتى اذا كان المقذوف حيا غائبا ليس لاحد ان يؤاخذه بالحد عزمى عن شروح الهداية (قوله وهو جد المقذوف) اى اب أبيه اما جده لامه فليس له الطلب والتقييد بالوالد اتفاقى اذ الام كذلك ولا يشترط احصان الطالب فلو قال المصنف ولو قذف ميتا محصنا فلاصله وان علا وفرعه وان سفل مطلقا المطالبة لكان اولى ليشمل ما لو كان المقذوف أبا وأما او كان الطالب للحد غير محصن كما لو كان اصل الميت المحصن او فرعه كافرا او عبدا ولو عفا البعض او صدق القاذف كان لمن بقى حق الخصومة ولو قال جدك زان لا حد عليه لان فى اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بحر (قوله كافرا الخ) لانه من أهل الاستحقاق اذ الكفر أو الرق لا ينافيه وقد عيره بنسبة محصن الى الزنى بخلاف ما اذا قذفه هو لانه ليس بمحصن بحر (قوله وقال زفر لا يجوز للولد الكافر الخ) وما فى الدرر من عزو الخلاف لمحمد غلط عزمى زاده (قوله وقال محمد ليس لولد البنت حق المطالبة) يعنى فى رواية ليست هى ظاهر الرواية عنه شرنبلالية عن الفتح ووجه هذه الرواية انه منسوب الى أبيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزناها ألا ترى انه لا يدخل ابن البنت فى الوقف على اولاده وأولاد اولاده وفى الواقعات الفتوى على قول محمد وفى ظاهر الرواية النسب يثبت من الجانبين فكان القذف متناولا له أما الوقف فهو ممنوع على رواية الخصاف ولئن سلم فالوقف فى معنى الوصية التى هى اخت الميراث والابن انما ينسب الى الاب دون الام ألا ترى انه لا يحجب الزوج عن النصف ولا الزوجة عن الربع ويحجبهما ولد الابن فكذلك الحكم فى الوقف كذا فى البناية قلت اذا ثبت النسب من الطرفين على ما هو ظاهر الرواية فابن الشريفة شريف وقد توقف فيه السيد الحموى ثم رأيت بخط شيخنا ما نصه الولد يتبع الاب فى النسب كما فى الدرر وفرع عليه فى الشرنبلالية بقوله فولد العامى من الشريفة ليس بشريف وقد سبقه العلامة زين بن نجيم ونصه ان لم يكن أبوه شريفا لا يكون شريفا وأما ابو السعود أفندى فأجاب بما نصه هو سيد وشريف وبه أفتى استاذنا الاعظم مفتى الثقلين ابن كمال باشا وكتب الشيخ ابراهيم مفتى الحنفية بدمشق الشام هو سيد وشريف لان الشرف والسيادة بهذا النسب المطهر المشرف شرفه الله تعالى فى الابتداء جاء من الام وهو كونها بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وكتب عليه بعد نقله السيد الحموى قلت فيه نظر أى فى قوله جاء من الام ثم نقل شيخنا عن الصغناقى ما نصه سألت الشيخ حميد الدين الضرير عمن له ام سيدة وأبوه ليس بسيد قال سمعت استاذى شمس الائمة الكردى قال هو سيد الخ قلت ومنهم من قال ان له شرفا نسبيا وهو يصلح ان يكون وجها للتوفيق فالقول بانه ليس بشريف معناه ان شرفه ليس كالشرف الحاصل من الاب فالخلف لفظى ثم رأيت بخط شيخنا أيضا نقلا عن خط الحموى ضمن جواب له حين سئل عن دخول أولاد البنات فى الوقف على الاولاد فذكر فى اثناء الجواب عن ذلك ان نسبة اولاد فاطمة رضى الله عنها الى النبى صلى الله عليه وسلم خصوصية لها وهو صريح فى عدم تسليم ما سبق عن مفتى دمشق من ان هذا النسب فى الابتداء جاء من الام (قوله ثم لا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه) ولو الطالب محجوبا او محروما عن الميراث برق او كفر كما قدمه الشارح وكذا لو كان محروما بقتل در (قوله ولد) أى فرع وان سفل نهر (قوله أباه) أى أصله ذكرا كان أو انثى فدخلت امه وجدته وان علت وكذا جده وان علا ثم المنفى وجوب الحد فلا ينافى لزوم التعزير بل بشتمه يعزر أيضا نهر عن القنية وكذا فى الدر خلافا لما فى البحر وان أقره فى الشرنبلالية (قوله لف ونشر) أى

ميتة) محصنة (فطالب الوالد) أى والد الام وهو جد المقذوف وان علا سواء كان كافرا أو عبدا (أو الولد أو ولده) أى ولد الولد وان سفل (حد) مطلقا سواء كان الولد ابنا أو بنتا كافرا أو مسلما حرا أو عبدا وسواء كان ولد الولد ولد بنت او ابن وقال زفر لا يجوز للولد الكافر وقال محمد والمملوك ان يطالب بالحد وقال محمد ليس لولد البنت حق المطالبة ثم لولد الولد حق المطالبة مع بقاء الولد خلافا لزفر ثم لا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه بقذفه وهو الذى ذكر فى المتن وعند الشافعى يثبت حق المطالبة لكل وارث (ولا يطالب ولد وعبد أباه وسيده) فيه لف ونشر تقديره ولا يطالب ولد أباه ولا عبد سيده

مرتب (قوله بقذف أمه) المحصنة نهر لانهما لا يعاقبان بسببهما حتى سقط القصاص بقتلهما لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فالحد أولى لعدم التيقن بسببه ولان ما يجب للعبد يكون حقا للمولى فلو وجب لو جب له على نفسه وهو محال ولو كان لها من غيره ابن أو أب ونحوه وليس بمملوك له فله ان يطالبه بالحد لوجود السبب وعدم المانع زيلعى وقوله ليس بمملوك له بان كان حرا أو رقيقا لغيره ففى كلام صاحب النهر مؤاخذة لذكره الاب مطلقا غير مقيد بان لا يكون مملوكه واشار المصنف الى انهما لا يطالبان بقذفهما بالاولى بحر لسقوط القود عنهما (قوله ولو كان او الفاصلة مكان الواو الواصلة) بان قال ولا يطالب ولد او عبد الخ (قوله أو كان ضمير التثنية) بان قال مع التعبير بالواو فى عطف العبد على الولد بقذف امهما (قوله مكان ضمير المفرد) أراد بالضمير المفرد الضمير البارز فى قوله بقذف امه حموى (قوله لكان اولى) لان افراد الضمير يناسب أو التى لاحد الشيئين وتثنيته تناسب الواو التى للجمع كذا قيل وقال الحموى اما اولوية أو على الواو فلانه لا يشترط فى أو مطابقة الضمير للمعطوف والمعطوف عليه بل الافصح الافراد واما اولوية ضمير التثنية على الافراد فلان الافصح بالعطف بالواو المطابقة انتهى (قوله وعند الشافعى لا يبطل أصلا) هذا يبتنى على ان المغلب فيه حق العبد عنده وعندنا المغلب حق الله على الاظهر كما قدمناه وفى الشرنبلالية ذهب صدر الاسلام أبو اليسر الى أن المغلب حق العبد كقول الامام الشافعى انتهى واعلم ان أبا اليسر وان ذهب الى تصحيح ان المغلب فيه حق العبد كما هو مذهب الشافعى الا انه لا يقول بانه يورث كالشافعى بل قال انما لا يورث لكونه مجرد حق زيلعى قال فى البحر ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا ولا كذلك حقه لانه لا ولاية للعبد فى استيفائه حق الشرع الا نيابة الخ لا يقال ان شيئا من الحقين أى حق العبد وحق الله لا يبطل بالموت لانا نقول انه لا يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه وهو خصومة المقذوف عناية ففى كلام المصنف تسامح حموى لكن لا يخفى ما فى جواب العناية مما هو صريح فى تسليم الايراد ولهذا نظر فيه فى النهر بانه لو صح هذا لبطل قولهم انه يبطل بموت المقذوف لانه لا معنى لعدم سقوطه مع موته اه (قوله لا بالرجوع والعفو) لان حد القذف اجتمع فيه الحقان فبالنظر الى حق الله يبطل بالموت ولا يبطل بالعفو وبالنظر الى حق العبد لا يبطل بالرجوع بخلاف غيره من الحدود وانما اجتمع فيه الحقان لانه شرع لاخلاء العالم عن الفساد وصيانة عرض العبد فمن حيث انه حق الله لا يباح القذف باباحته ويستوفيه الامام دون المقذوف ولا ينقلب مالا عند سقوطه ويتنصف بالرق ولا يحلف القاذف ولا يؤخذ منه كفيل الى ان يثبت ولا يورث ولا يصح فيه العفو ولا يجوز الاعتياض عنه ويجرى فيه التداخل ويشترط فيه احصانه ومن حيث انه حق العبد يشترط فيه الدعوى ولا يبطل بالتقادم ويجب على المستأمن ويقيمه القاضى بعلمه ويقدم استيفاؤه على سائر الحدود ولا يبطل بالرجم ولا يصح الرجوع فيه عن الاقرار فاذا تعارض فيه الحقان كان المغلب فيه حق الله عندنا وعند الشافعى حق العبد لحاجته وغنى الشرع قلنا انما يقدم حق العبد اذا لم يمكن الجمع بينهما وهنا امكن لان ما للعبد من الحق يكون داخلا زيلعى وقوله ولا يبطل بالرجم يعنى اذا قذف ثم زنى يحد للقذف ثم يرجم وقوله ومن حيث انه الخ يجوز فتح همزة ان وكسرها بعد حيث شيخنا عن شرح البسملة لابن عبد الحق وقوله ولا يحلف بان انكر القذف أو كون المقذوف محصنا وعجز المقذوف عن اثبات ذلك وقوله ويقيمه القاضى بعلمه يعنى اذا سمع القاضى القذف وطلب المقذوف الحد لا يكلفه لاثبات القذف ويكتفى بعلمه فيحده اذا كان محصنا وقوله ولا يؤخذ منه كفيل قال الكمال ولا يكفل فى شئ من الحدود والقصاص فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاول ولهذا يحبسه أبو حنيفة وفى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل فلهذا الاحبس عندهما فى دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف انه لا يكفل بنفس الحد والقصاص ثم قال وكان أبو بكر الرازى يقول مراد أبى حنيفة ان القاضى

(بقذف أمه) ولو كان أو الفاصلة مكان الواو الواصلة وكان ضمير التثنية مكان ضمير المفرد لكان أولى (ويبطل الحد (بموت المقذوف) مطلقا سواء كان قبل اقامة الحد أو فى وسطه وعند الشافعى لا يبطل أصلا (لا بالرجوع) أى لا يبطل برجوع القاذف عن الاقرار (والعفو) عنه وعند الشافعى يبطل بهما

لا يجبره على اعطاء الكفيل فاما اذا سمحت نفسه به فلا باس لان تسليمه نفسه مستحق عليه والكفيل بالنفس انما يطالب بهذا القدر انتهى شرنبلالية والتقييد بقوله ويقيمه القاضي بعلمه يشير الى ما نقله سري الدين افندي عن فتح القدير من انه اذا سمعه قبل ان يستقضي ثم ولي القضاء ليس له ان يقيمه حتى يشهد به عنده واعلم ان مقتضى عدم جواز الاعتياض عنه ان القاذف اذا دفع شيئا للمقذوف ليسقط حقه رجع به قال المولى سري الدين وهل يسقط الحد ان كان ذلك بعدما رفع الى القاضي لا يسقط وان كان قبله سقط كذا في فصول العمادي انتهى قلت ينبغي ان يكون العفو على هذا التفصيل ولا ينافيه قولهم انه لا يبطل بالعفو لحمله على ما بعد المرافعة وسيأتي ما يشير اليه (قوله وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي) لانتهاء الخصومة به كونه قلناه وحق الله على ما بينا زيلعي لكن ليس للامام ان يقيمه بعد ذهاب المقذوف وعفوه بل اذا عاد وطلبه حد لان العفو كان لغوا فكانه لم يخاصم الى الآن وقد توهم بعضهم ان القاضي يقيم الحد مع عفو المقذوف وتعلق بما في النهر من قوله ومنها العفو فانه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا انتهى وهو غلط فاحش بحر وما في الفتح يحمل على ما اذا وجد منه الطلب ثانيا واعلم انه يستثنى من عدم صحة العفو ما اذا قال لم يقذفني أو كذب شهودي بحر عن الشامل وقوله ليس للامام ان يقيمه بعد ذهاب المقذوف وعفوه الى قوله لان العفو كان لغوا فكانه لم يخاصم ظاهر فيما ذكرناه من ان المراد بالعفو الذي لا يبطل به الحد ما كان بعد المرافعة (قوله وعنى الصعود) قيد به لانه لو لم يعن يحد اجماعا ولو قال زنأت على الجبل ففي الحد وعدمه قولان عيني وفي الغاية والمذهب عندي وجوب الحد ان كان في غضب وفي الفتح انه الاوجه قيد بقوله زنأت بالهمز اذ لو كان بالياء وجب الحد اتفاقا وكذا لو اقتصر على قوله زنأت بحذف الجار والمجرور يحد اتفاقا أيضا بحر (قوله وقال محمد والشافعي لا يحد) يعني وان كان في غضب لانه في حالة الرضا لا حد بالاتفاق وجه مذهب محمد ان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارق الى الخيرات زنأ في الجبل * وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب تعين ذلك بحر (قوله لا بل أنت) فان قلت التصريح بالزنى شرط ولم يوجد فكيف يجب الحد اجيب بمنع نفي وجود التصريح اذ قوله لا بل أنت معناه أنت زان لان كلمة بل للاضراب عن الاول والاثبات للثاني ولان الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال فيصير مثل الصريح حموي (قوله حدا) يعني يطلبهما بحر قال وانما لم يلتقيا قصاصا لان المغلب فيه حق الله فلو جعل قصاصا يلزم اسقاط حقه تعالى وكذا لو تضاربا يعزران ولا يلتقيان قصاصا ويبدأ بالبادئ لانه اظلم ولو قذف كل منهما الآخر لا تتعين البداءة بالبادئ كما سيأتي قيد بحد القذف لانهما لو تشاتما يتكافآن ولا يعزران لان التعزير لحق الآدمي الا ان يكون بين يدي القاضي فيعزرهما وكذا يعزره لو قال له الخصم قضيت علي بالرشوة لان من اساء الادب في حق القاضي فقد اساء الادب على الشرع فليس هذا مستثنى من قولهم ان القاضي لا يقضي لنفسه كما توهمه ابن وهبان ولهذا قالوا يعزره ولم يقولوا ان شاء كذا بخط صاحب البحر ونظر فيه في النهر بما صرحوا به من ان له ان يعفو عنه كما نقله ابن الفرس في فوائده ولو كان لمحض الشرع لما ساغ عفوه بقي هل له العفو عنهما لو تشاتما بين يديه قال في النهر لم أره والظاهر لا الخ (قوله حدت المرأة فقط) لان قذفها يوجب الحد وقذفه يوجب اللعان فيبدأ بالحد لفائدة ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس بأهل للعان وهو معنى قوله ولا لعان ولا ابطال في عكسه أصلا لان الملاعنة تحد حد القذف لان احصانه لا يبطل اللعان والمحدودة لا تلاعن لسقوط الشهادة به اذ هو في معنى الحد لا يقال قد وجد ما يوجب الحد وهو قذفه لها سابقا على قذفها له لانا نقول لا عبرة بذلك الا ترى ان الرجلين اذا تقاذفا يحد ان من غير مراعاة الترتيب بداءة من بدأ بالقذف فهذا نظيره ونظير الاول ما اذا قال لامرأته يا زانية بنت الزانية فانه يبدأ بالحد لنفي اللعان زيلعي يعني اذا وجد الطلب من

امها

وعن أبي يوسف في العفو مثل قول
الشافعي (ولو قال) لرجل (زنأت في
الجبل وعنى الصعود) عليه (حد)
وقال محمد والشافعي لا يحد (ولو قال
يا زاني وعكس) المخاطب بأن قال
لا بل أنت (حدا) أي الاول والثاني
(ولو قال لامرأته يا زانية وعكست)
امرأته بأن قالت لا بل أنت (حدت)
المرأة فقط (ولا لعان ولو قالت)
امرأته في جواب قوله يا زانية

امها نهر والملاعنة ضبطه صاحب النهاية بفتح العين هكذا نقله عن شيخه وجوز في العناية الكسر شيخنا (قوله زنيت بك) قيد بالخطاب لانها لو قالت أنت ازنى مني حد الرجل فقط نهر عن الخانية وفيه نظر سيأتي وجهه (قوله بطلا) أي الحد واللعان لاحتمال ان تريد به قبل النكاح فيكون ذلك تصديقا له منها فيسقط اللعان ويجب عليها الحد لانها قذفته وان تريد به حال قيام النكاح وسمته زنى للمقابلة لاجل غضبها فلا تكون مصدقة له ولا قاذفة فلا يجب عليها الحد ويجب اللعان بقذفه فوجب كل واحد منهما في حال دون حال فلم يجب واحد منهما بالشك وكذا لو قال زنيت معك للاحتمال المذكور وعلى هذا لو قالت ابتداء زنيت بك ثم قذفها هو لا يجب على واحد منهما الحد ولا اللعان لما ذكرنا من الاحتمال وما ادعاه في البحر من دخول هذا في الاطلاق فيه نظر نهر ولو قالت زنيت بك قبل ان اتزوجك تحد المرأة دون الرجل لان كلا منهما قذف صاحبه غير انها صدقته فبطل موجب قذفه ولم يصدقها هو فوجب موجب قذفها زيلعي واعلم ان هذا يقتضي وجوب الحد عليها اذا قالت له أنت ازنى مني في جواب قوله لها يا زانية لانها صارت مصدقة له فيبطل موجب قذفه فما سبق عن النهر معزيا للخانية من انه يحد الرجل فقط مشكل ثم ظهر لي ان قوله حد الرجل فقط صوابه حدت المرأة فقط وعليه فلا اشكال (قوله تحد هي حد القذف دون الرجل) لما ذكرنا من تصديقها وعدم الاحتمال الذي ذكرناه في الزوجة زيلعي (قوله يلاعن) لان كل قذف يوجب الحد في الاجنبي يوجب اللعان في قذف الزوج حموي وهذا أي وجوب اللعان مقيد بما اذا لم تكن أمة لما نقله السيد الحموي عن البناية لو نفى نسب ولد امرأته الامة ينتفي النسب ولا يجري اللعان انتهى (قوله وان عكس حد) لانه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفي الولد لانه ضروري صير اليه لضرورة التكاذب بين الزوجين فكان خلفا عن الحد فاذا بطل صير الى الاصل نهر (قوله والولد له فيهما) لاقراره به سابقا ولاحقا عيني (قوله بطلا) أي الحد واللعان لانه انكر الولادة أصلا فيكون انكار الزنى بل هو انكار للوطء قلت وهل ينتفي نسب الولد بمجرد قوله ليس بابني ولا بابنك الظاهر لا حموي (قوله أو لاعنت بولد) عطف على قوله لم يدر اي قذف امرأة لاعنت بسبب نفي الولد حموي أي نفى القاضي نسبه واستمر منقطع النسب عنه حتى لو ادعى الولد بعده فحد او لم يحد حتى مات أو لاعن ولم يقطع القاضي نسب الولد حد قاذفها وكذا يحد لو قامت بينة على انه ادعاه وهو ينكر ويثبت النسب من الاب ويحد لخروجها عن صورة الزواني شرنبلالية عن البحر والفتح لكن وجوب الحد على القاذف اذا اقامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو ينكر مقيد بما اذا كان القذف بعد اقامة البينة كما في البحر ونصه وكذا لو قامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد ومن قذفها بعد ذلك يحد الخ فحذف هذا القيد من كلام الشرنبلالية يوقع في الايهام وكذا وجوب الحد على القاذف اذا ادعى الزوج الولد بعد اللعان مقيد بما اذا كان القذف بعد ان ادعى الزوج الولد يدل عليه قوله في البحر واشار بقوله لاعنت الى انه لا بد من بقاء اللعان حتى لو بطل باكذابه نفسه ثم قذفها رجل حد فتعبيره بثم يفيد انه لو قذفها قبل ان يكذب نفسه لا حد عليه لان اكذابه نفسه شامل لما اذا ادعى الولد وهذا التقييد لا يستفاد من كلام الشرنبلالية والمراد بعدم معرفة أبي ولدها أي في بلد القذف لا في كل البلاد بحر فهذا اعم من مجهول النسب لانه من لا يعرف له أب في مسقط رأسه شرنبلالية واعلم ان الضمير المستتر في كل من وجد ومات من قول صاحب النهر بعد قول المصنف لم يدر أي لم يعرف أبو ولدها حال القذف او وجد ومات يعود على الولد لا على أبيه أي سواء كان الولد حيا أو ميتا يعني عند القذف كما ذكره الزيلعي (قوله في غير ملكه) ولو مكرها كذا يسقط احصان المرأة المكرهة فان الاكراه يسقط الاثم ولا يخرج الفعل به من ان يكون زنى شرنبلالية ومن الحرام لعينه جارية ابنه والمنكوحة فاسدا والامة المستحقة وكذا لو وطئ محارمه بنكاح أو جمع بينهن أو أمة تزوجها على حرة نهر والثابت حرمتها بالمصاهرة بحر لكن في اطلاق ثبوتها بالمصاهرة مؤاخذة لانه يشمل ما لو ثبتت

زينت بك بطلا) أي الحد واللعان ولو
قال لاجنبية يا زانية فقالت زنيت
بك تحد هي حد القذف دون الرجل
(وان أقر بولد) بأن قال هو ابني (ثم
نفاه) بأن قال ليس بابني (يلاعن
وان عكس) بأن نفى نسب الولد ثم
أقر بانه ولده (حد) القاذف فقط (ولو
(والولد له فيهما) أي في الصورتين أي
قال ليس بابني ولا بابنك بطلا) أي
الحد واللعان (ومن قذف امرأة) بالزنى
(لم يدر أبو ولدها أو) قذف امرأة
(لاعنت بولد) مطلقا سواء كان الولد
حيا أو ميتا (أو) قذف (رجلا وطئ
في غير ملكه كأمة الغير

بالنظر الى الفرج الداخل مع الشهوة أو بالمس مع الشهوة وليس كذلك كما سبق ومنه مالو وطئ امته المحرمة على التأبيد كامته التى زوجها خلافا للزيلعى والبحر والعينى وكذا أمته التى هى أخته من الرضاع على الاصح كما فى الدر بخلاف مالو نظر الى فرج امرأة أو لمسها بشهوة ثم تزوج أمها أو بنتها أو اشتراها فوطئها لا يسقط احصانه عند أبى حنيفة خلافا لهما لان الحرمة وان كانت مؤبدة لكن لم ينعقد عليها اجماع بخلاف الحرمة الثابتة بزنى الاب فانها ثابتة بنص قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فلم يعتبر خلاف الامام الشافعى فيه ولما خفى هذا الفرق على المرحوم الشيخ شاهين ذكر ان فى كلام العينى تأملا وأجاب عنه شيخنا بما ذكرناه (قوله أو أمة مشتركة) لان الحرمة فيها من وجه دون وجه بخلاف وطئ أمة الغير فانها من كل وجه (قوله زنى فى حال كفره) بان قال له زنيت وأنت كافر او اطلق ثم اثبت انه زنى فى كفره لان به يسقط احصانه نهر وهذا يشير الى وجوب الحد عليه اذا عجز عن اثبات زناه فى كفره (قوله مات عن وفاء) تقييده بذلك ليس احترازيا بل ليعلم الحكم فى الذى مات عن غير وفاء بالاولى نهر وفرض المسئلة انه قذفه بعد موته بان قال لولده يا ابن الزانى اما لو قذفه حيا ثم مات بطل الحد حموى عن قرا حصارى (قوله لا يحد القاذف فى الصور كلها) اما فى الاول والثانى فلوجود امارة الزنى واما فى الثالث والرابع فلعدم العفة واما فى الخامس فلانه صادق فيه لان الزنى يتحقق من الكافر حربيا كان أو ذميا واما فى السادس فلتمكن الشبهة فى حرية المكاتب لان الصحابة اختلفوا فى موته حرا أو عبدا فأورث شبهة والاحصان لم يكن ثابتا فلا يثبت بالشك عينى وعن أبى يوسف يحد القاذف فى الصورة الثانية نقله الحموى عن المفتاح والصورة الثانية هى مالو قذف امرأة لاعنت بولد واعلم ان المراد من قول العينى واما فى الخامس فلانه صادق فيه لان الزنى يتحقق من الكافر الخ ان زناه فى كفره كان ثابتا بان اثبته القاذف بالبينة أو الاقرار حتى لو عجز عن اثباته يحد كذا يستفاد من البحر والنهر (قوله لانه لو لاعنت بقذف حد) كما يحد قاذف ولد الزنى أو ولد الملاعنة شرنبلالية يعنى قذفه بقوله أنت زان اما لو قال يا ابن الزانية فلا حد عليه مطلقا سواء كانت حية أو ميتة لانها ليست محصنة حيث كان لعانها بنفى الولد لا يقال اللعان فى جانبها قائم مقام حد الزنى فكانت محدودة فوجب ان لا يحد قاذفها لانا نقول لعانها قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها ولو اكذب نفسه بعد اللعان يحد قاذفها لزوال التهمة بثبوت النسب منه زيلعى وقوله ولو اكذب نفسه بعد اللعان يحد قاذفها اى من قذفها بعد أن اكذب الزوج نفسه حتى لو كان القذف قبل أن يكذب نفسه لا حد عليه دل على ذلك قوله فى البحر وأشار بقوله لاعنت الى أنه لا بد من بقاء اللعان حتى لو بطل باكذابه نفسه ثم قذفها رجل حد الخ فتعبيره بثم ظاهر فى عدم الحد على القاذف اذا كان القذف قبل أن يكذب نفسه (قوله أمة مجوسية) وأمة اشتراها شراء فاسدا أو اختين جمع بينهما فى ملكه لان ملك المتعة فيهن ثابت وما عرض من الحرمة لهن على شرف الزوال فلا يسقط احصانه نهر (قوله أى حد قاذف واطئ امرأة حائض) اذا كانت زوجته أو أمته (قوله وعن أبى يوسف وزفر ان وطء المكاتبة الخ) لان وطأها حرام على المولى وانما سقط عنه الحد للشبهة حتى لزمه العقر بوطئها قلنا ملكه فيها ثابت من كل وجه ولهذا جاز عتقها عن كفارة اليمين ووجوب العقر لا ينافى الحل فكيف ينافى الشبهة زيلعى (قوله ومسلم نكح أمه) بالجر عطفا على قوله أمة كذا قيل ورده الشهاب الشلبى بانه لا يستقيم عطفه على أمة بل هو عطف على قوله واطئ حموى ووجه عدم الاستقامة ان عطفه على الامة من قوله وحد قاذف واطئ امة مجوسية يصيره موطوءا (قوله عند أبى حنيفة) خلافا لهما وهو مبنى على أن نكاحهم عنده صحيح وعندهما فاسد زيلعى وأشار الى أن المراد بالام مطلق المحرم وقد يقال لا حاجة اليه لانه اذا علم الحكم فى الام فغيرها بالاولى (قوله وحد مستأمن قذف مسلما) وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يحد لان المغلب فيه حق الله فصار كسائر الحدود ثم رجع الى ما ذكرنا ووجهه ان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد زيلعى والحاصل ان حد القذف يجب عليه اتفاقا وحد الخمر

أو) وطئ (أمة مشتركة) بينه وبين غيره (أو) قذف (مسلما زنى فى) حال (كفره) مطلقا سواء كان فى دار الحرب أو الاسلام (أو) قذف (مكاتبا مات عن وفاء) اى ترك مالا يفى ببدل الكتابة (لا يحد) القاذف فى الصور كلها وانما قيد بقوله لاعنت بولد لانه لو لاعنت بقذف حد قاذفها (وحد قاذف واطئ أمة مجوسية وحائض) اى حد قاذف واطئ امرأة حائض (و) امرأة (مكاتبة) وعن أبى يوسف وزفر ان وطء المكاتبة يبطل الاحصان (ش) حد قاذف (مسلم نكح أمه فى) حال (كفره) ووطئها عند أبى حنيفة خلافا لهما (و) حد (مستأمن قذف مسلما) بأن دخل دارنا بامان فقذف مسلما ثم المستأمن يحد للقذف فقط عندهما وعند أبى يوسف يجب عليه سائر الحدود غير حد الخمر ثم اذا حد المسلم فى قذف

لا يجب

لايجب عليه اتفاقا ولايجب حد الزنى والسرقة خلافا لابى يوسف وأما الذمى فيجب عليه جميع الحدود اتفاقا الا حد الخمر بحر واستدرك عليه فى الدر بما فى المنية من تصحيح حده بالسكر أيضا وفى السراجية اذا اعتقد وا حرمة الخمر كانوا كالمسلمين انتهى (قوله تسقط شهادته) وان تاب لان رد شهادته من تمام حده لقوله تعالى ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا (قوله فان أسلم قبلت) لان هذه الشهادة استفادها بالاسلام فكانت غير مردودة (قوله ثم عتق لم تقبل) لان للعبد اهلية الشهادة فى الجملة فظهر الفرق بينه وبين الكافر اذ لم يكن له أهلية الشهادة على المسلم أصلا (قوله ومن قذف أو زنى الخ) بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب حيث يحد لكل واحد منها لعدم حصول المقصود بالبعض اذ الاغراض مختلفة فان المقصود من حد الزنى صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض ومن حد الشرب صيانة العقول فلا يحصل بكل جنس الا ما قصد لشرعه ولا يوالى بينها خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبرأ من الاول ويبدأ بحد القذف أولا لان فيه حق العبد ثم الامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنى وان شاء بالقطع لاستوائهما فى القوة اذ هما ثابتان بالكتاب ويؤخر حد الشرب لانه أضعف منهما ولو كان مع هذا جراحة توجب القصاص يبدأ بالقصاص لانه حق العبد ثم حد القذف ثم الاقوى فالاقوى زيلعى واعلم أن هذا كله اذا كان غير محصن فان كان محصنا بدأ بالقصاص فى الجراحة كفقء العين ثم بعد حد القذف يرجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله ومتى اجتمعت الحدود لحق الله وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك الا أنه يضمن المال المسروق فيؤخذ من تركته لان الضمان انما سقط لضرورة القطع ولم يوجد نهر واستفيد منه انه اذا وجب عليه القتل قصاصا والرجم للزنى قتل للقصاص لان فيه حق العبد ويسقط عنه الرجم لانه محض حق الله فيترك ولم ار من صرح به (قوله فحد فهو لكله) قيد بكون الحد وقع بعد الفعل المتكرر لانه لو شرب أو زنى فحد ثم زنى وشرب فانه يحد ثانيا بخلاف ما اذا قذف المحدود ثانيا المقذوف الاول حيث لا يحد ثانيا لان المقصود وهو اظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف حصل بالاول زيلعى فى السرقة وهو باطلاقه شامل لما اذا كان القذف الثانى بعين اللفظ الاول أو بغيره بعد أن يتحد المقذوف اما لو اختلف بان قذفه فحد ثم قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة فخاصمه فانه يحد ثانيا نهر واذا حد ثانيا بمخاصمة المقذوف مع أنه قد حد لاجله فلان يحد بمخاصمتها هى ان لو كانت حية بالاولى ثم التداخل هنا من قبيل التداخل فى الحكم لا السبب وفى سجود التلاوة بالعكس وأفاد تقييده بالحد ان التعزير يتعدد بتعدد الفاظه لانه حق العبد در ونقل الحموى عن البناية ان التعزير يصح فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والعفو والتكفيل لانه من حقوق العباد انتهى ومثله فى الزيلعى مع زيادة قوله وشرع فى حق الصبيان ذكره قبيل كتاب السرقة وذكر فى النهر من التعزير ان قبول شهادة النساء مع الرجال مذهب الصاحبين ونصه لا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال عند الامام وعندهما وان قبلت لكنه لا يضرب وانما يحبس الخ ثم ما سبق من التعليل بانه من حقوق العباد أى من خالص حقهم وما فى الدرر من التعزير أى حق العبد غالب فيه مخالف لكلامهم ولهذا تعقبه عزمى زاده بما فى الخلاصة حيث صرح بان التعزير محض حق العبد ولذا يجرى فيه الاستحلاف (قوله أى يتداخل) ومن فروع التداخل ما لو جلد للقذف الا سوطا واحدا ثم قذف آخر فى المجلس فانه يتم الاول ولا شئ عليه للثانى للتداخل ولو ضرب للزنى أو للشرب بعض الجلد فهرب ثم زنى أو شرب ثانيا حد حدا مستأنفا ولو كان ذلك فى القذف ينظر فان حضر الاول الى القاضى يتم الاول ولا شئ للثانى وان حضر الثانى وحده يجلد حدا مستأنفا للثانى ويبطل الاول ولو قذف عبدا فاعتق ثم قذف آخر فاخذه الاول فضرب أربعين ثم أخذه الثانى يتم له ثمانون عينى يعنى لوقوع الاربعين لهما كما فى النهر وحمل ما مر من أنه يكمل السوط فقط على ما اذا حضرا جميعا (فرع) أقر بالقذف وادعى أن له شهودا على زنى المقذوف واستأجل لاحضارهم أجل الى قيام المجلس فان عجز حد ولا يكفل بل يحبس ويقال له ابعث اليهم من يحضرهم درر وذكر ابن رستم

تسقط شهادته وان تاب واذا حد
الكافر فى قذف لم تجز شهادته على اهل
الذمة فان اسلم قبلت شهادته عليهم
وعلى المسلمين والعبد اذا حد فى قذف
ثم عتق لم تقبل شهادته (ومن قذف)
مطلقا سواء كان المقذوف واحدا
اومتعددا (اوزنى) مطلقا سواء كان
بواحدة او بجماعة من النساء (اوشرب)
مطلقا سواء كان المشروب جنسا واحدا
او اجناسا مختلفة (مرارا) هذا متعلق
بكل واحد منهما (فحد فهو) اى الحد
(لكله) اى لكل قذف مرارا اولكل
زنى مرارا اولكل شرب مرارا اى
يتداخل وقال الشافعى ان اختلف
المقذوف اوالقذف وهو ان زنى بان
قذف غير الاول اوقذف الاول لكن
بزنى آخر لا يتداخل الحد بل يجب لكل
قذف حد

عن محمد انه اذا لم يكن له من يأتي بهم اطلقه و بعث معه واحدا من شرطه ليرده عليه فتح وفيه اشارة الى أن المراد بالحبس حقيقته وقال في البدائع والمراد بالحبس الملازمة أي يقال للمدعي لازمه الى هذا الوقت فان احضر البينة والا خلى سبيله كذا في الشرنبلالية ولا يخفى أن صواب قوله والا خلى سبيله ابداله بقوله والاحد

*(فصل في التعزير) لما ذكر الحدود وهي الزواجر المقدرة شرع في زواجر غير مقدرة زيلعي ومافي النهر من قوله وأخرها لضعفها فيه تأمل لما سيأتي من قوله وأشد الضرب التعزير ولانه قد يكون بالقتل واعلم ان التعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا لكن حالة المباشرة لا بعد الفراغ لان ذلك نهي عن المنكر وكل احد مأمور به الا الزوج والمولى فانهما يملكانه مطلقا ولو بعد الفراغ حتى لو رأى رجلا يزني باجنبية أو بامرأته أو بمحرم من محارمه حل له قتله ان لم ينزجر الا بالقتل وكذا يحل قتلها ان طاوعته والغلام كالمرأة ولا فرق في جواز قتل الزاني بين المحصن وغيره خلافا لمن قيده به لانه حيث تعين القتل طريقا لازالته فلا معنى لاشتراط الاحصان وعلى هذا القياس المكابرة وقطاع الطريق وصاحب المكس وجميع الظلمة والاعونة والسعاة يباح قتلهم ويثاب قاتلهم نهر ولا فرق في اشتراط القيد المذكور بين الاجنبية وغيرها خلافا لظاهر كلام الزيلعي فانه قيد التفرقة ونصه وسئل الهندواني عن رجل وجد رجلا مع امرأة ايحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا والا حل قتله وكذا المرأة ان طاوعته وفي المنية رأى رجلا مع امرأته أو محرمه وهما مطاوعان قتل الرجل والمرأة جميعا ومافي المنية مطلق يجب حمله على التقييد توفيقا بين كلامهم ومن هنا جزم ابن وهبان في نظمه بالشرط المذكور مطلقا قال في النهر وهو الحق وفيه عن فتح القدير الذي يجب حقا للعبد لا يقيمه الا الحاكم لتوقفه على الدعوى الا أن يحكما فيه وقوله الا ان يحكما فيه بضم الياء وبكسر الكاف المشددة اي الا أن يحكم فيه الخصمان بحذف الفاعل لدلالة الدعوى عليه (قوله وهو التأديب الخ) وفي القاموس انه من اسماء الاضداد يطلق على التفخيم والتعظيم وعلى التأديب وعلى أشد الضرب وعلى ضربه دون الحد انتهى قال ابن حجر الهيتمي الظاهر أن هذا الاخير غلط لان هذا وضع شرعي لا لغوي اذ لا يعرف الا من جهة الشرع فكيف ينسب لاهل اللغة الجاهلين بذلك من أصله والذي في الصحاح بعد تفسيره بالضرب ومنه سمي ضرب مادون الحد تعزيرا فاشار الى أن هذه الحقيقة الشرعية منقولة عن الحقيقة اللغوية بزيادة قيد وهو كون ذلك الضرب دون الحد الشرعي فهو كلفظ الصلاة المنقولة لوجود المعنى اللغوي مع زيادة وهذه دقيقة مهمة تفطن لها صاحب الصحاح وغفل عنها صاحب القاموس وقد وقع له نظير ذلك كثيرا وهو غلط يتعين التفطن له انتهى وأقره في النهر لكن نظر فيه الحموي بان المستفيض من صنيع صاحب القاموس انه لم يلتزم الاوضاع اللغوية فقط بل يذكر المنقولات الشرعية والاصطلاحية وكذا الالفاظ الفارسية تكثيرا للفوائد وربما يشعر كلامه في الديباجة بذلك انتهى (قوله واصله من العزر) ينظر هل هو بفتح العين أو ضمها حموي وضبطه شيخنا بالقلم بالفتح اعلم أن شرط وجوب التعزير العقل فقط فيعزر كل عاقل ارتكب جناية ليس لها حد مقدر سواء كان حرا أو عبدا ذكرا أو انثى مسلما أو كافرا بالغا أو صبيا بعد أن يكون عاقلا لان هؤلاء أهل العقوبة الا الصبي العاقل فانه يعزر تأديبا لا عقوبة لانه من أهل التأديب الا ترى الى ماروى عنه عليه السلام انه قال مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرا وذلك بطريق التأديب لا بطريق العقوبة لانها تستدعي الجناية وفعل الصبي لا يوصف بها حموي عن البدائع واعلم انه ينقسم الى ما هو حق الله وحق العبد والاول يجب على الامام ولا يحل له تركه الا اذا علم انه انزجر قبله ويتفرع عليه أنه يجوز اثباته بمدعي شهد به فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه آخر نهر (قوله ثم قد يكون بالحبس) وقد يكون بالنفي أيضا فقد ذكر العيني في شرح البخاري أن من آذى الناس ينفي عن البلد بذلك افتى عبد الله بن عمر وبالاخراج من الدار قال في البزازية ويقدم الاعذار على مظهر الفسق في داره فان كف

(فصل في التعزير) وهو التأديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والردع ثم قد يكون بالحبس

والاحبسه أوادبه أسواطا وازعجه عن داره اذالكل يصلح تعزيرا وعن الصفار أنه امر بتخريب دار الفاسق نهر قال فى الدر ولم ينقل احراق بيت الخمار انتهى وأقول نقل الحموى عن البرجندى أنه يكون باحراق بيت الخمار والقتل سياسة فى حق الامام للمبتدعة انتهى وقوله فى النهر و بتقدم الاعذار أى سلب العذر كما فى حديث اعذر الله الخ الحديث شيخنا (قوله وقد يكون بالصفع) ذكر أبو اليسر السرخسى انه لا يباح التعزير بالصفع لانه من اعلى ما يكون من الاستخفاف فيصان عنه أهل القبلة والصفع الضرب على القفا بحر أى الضرب بالكف نوح أفندى (قوله وأرى ان يأخذه الخ) ظاهر فى أنه انما ذكره تفقها وبه صرح فى النهر عن المجتبى وأرى بضم الهمزة (قوله فيمسكه) أى ليرده عليه بعد التوبة بدليل قوله فان أيس عن توبته الخ (قوله ثم نسخ) لئلا يكون ذريعة الى اخذ الظلمة أموال الناس بغير حق (قوله ثم التعزير على أربع مراتب) هذا يقتضى عدم تفويضه ثم ماذكره الشارح من كونه مرتبا حكاه العينى بقيل بعد ان ذكر أولا أنه ليس فيه شئ مقدر وانما هو مفوض الى رأى الامام على ما تقتضيه جناياتهم ووجهه كما فى الزيلعى أن من الناس من ينزجر باليسير ومنهم من لا ينزجر بالكثير واعلم أنه يضرب قائما فى ازار واحد شرنبلالية عن الفتح وفيها عن فتاوى قاضيخان يضرب فى التعزير قائما عليه ثيابه وينزع الحشو والفرو ولا يمد فى التعزير انتهى (قوله كالدهاقنة) الدهاقنة اكابر القرية وقيل مالكوها فارسى معرب وانى أفندى وفى المصباح الدهقان معرب قيل يطلق على رئيس القرية وعلى التاجر وعلى من له مال وعقار وداله مكسورة وفى لغة تضم والجمع دهاقين ودهقن الرجل وتدهقن كثر ماله ويقال للمرأة دهقانة وذكر الحموى عن رسالة ابن الكمال ان دهقان مركب من كلمتين احداهما ده ومعناه القرية والاخرى خان ومعناه الرئيس ثم جعل المركب منهما علما وأصل ده خان خان ده فعلى هذا دهقان من الالقاب الشريفة المشعرة بالمدح والتعظيم لكن ذكر بعضهم أنه لو قال لعربى يا دهقان لاحد عليه فهذا يقتضى أنه صفة ذم ولهذا عللوا المسئلة بان العرب يستنكفون عن هذا الاسم انتهى (قوله والجر الى باب القاضى) أى الجر من مجلس القاضى بعد ثبوت التعزير عليه شيخنا واعلم ان للقاضى أن يعزر لنفسه ويقبل قوله فى ذلك ففى جامع الفصولين وغيره قال المقضى عليه للقاضى أخذت الرشوة فله تعزيره شيخ زين فى رسالته وهذا ينبغى أن يحمل على ما اذا لم يكن كذلك فى نفس الامر يدل عليه ما سيأتى فى الشارح حيث قيد قول المصنف ومن قذف مسلما يا فاسق بقوله وهو ليس بفاسق وقال فى النهر فان كان لا يعزر لانه صادق فى الاخبار وهو صريح فى أنه ان كان أخذ الرشوة لم يعزر (قوله الاعلام فقط) أشار بقوله فقط الى وجه الفرق بينه وبين سابقه فتعزير اشراف الاشراف لا جر فيه ويحمل قول القاضى بلغنى انك فعلت كذا فلا تفعل على ما اذا اجتمع به من غير سبق طلبه والا يتحد الثانى والاول وعلى ما ذكر فى البدائع التمييز ظاهر لقوله تعزير اشراف الاشراف بالاعلام المجرد وهو أن يبعث القاضى أمينه اليه فيقول بلغنى انك تفعل كذا وكذا وتعزير الاشراف الاعلام والجر الى باب القاضى والخطاب بالمواجهة شرنبلالية وهذا أى حمل قول القاضى له بلغنى الخ على ما اذا اجتمع به من غير سبق طلبه كيلا يتحد مع سابقه يبتنى على أن المراد من الجر الى باب القاضى هو أن يبعث القاضى أحد أمنائه لاحضاره وهذا هو الذى فهمه الشيخ حسن الشرنبلالى فاضطر الى الحمل المذكور وأما على ما قدمناه عن شيخنا فى تفسير الجر الى باب القاضى فالفرق حاصل مطلقا ولو بدون هذا الحمل (قوله بلغنى أنك فعلت كذا فلا تفعل) وينبغى أن لا يكون على اطلاقه فان من كان من أشراف الاشراف لو ضرب غيره فادماه لا يكتفى فى تعزيره بقول القاضى ما مر اذ لا ينزجر بذلك وقد رأيت بعض القضاة من الاخوان من أدبه بالضرب بذلك وأرى أنه صواب نهر و قول المسئلة غير مطلقة بل قيدها فى النهاية بان يكون ما مر من قوله بلغنى انك فعلت كذا فلا تفعل مع النظر بوجه عبوس ولا يخفى ان هذا مع ملاحظة السبب فلا بد ان يكون مما لا يبلغ به أدنى الحد كما اذا أصاب من أجنبية غير الجماع شرنبلالية فان كان السبب مما

وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وعن أبى يوسف ان يكون بأخذ المال يجوز للسلطان التعزير بأخذ المال ولم يذكر كيفية الاخذ وأرى ان يأخذه فيمسكه فان أيس عن توبته يصرفه الى ما يرى وفى مشكل الآثار التعزير بالمال كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ وفى شرح أبى اليسر التعزير بالشتم مشروع ولكن بعد ان لا يكون قذفا كذا فى الزاهدى ثم التعزير على أربع مراتب تعزير الاشراف كالدهاقنة والقواد وغيرهم الاعلام والجر الى باب القاضى والقواد جمع قائد وهم رؤساء العسكر وتعزير أشراف الاشراف كالفقهاء والعلوية الاعلام فقط بأن يقول بلغنى انك فعلت كذا فلا تفعل وتعزير أوساط الناس

يبلغ أدنى الحد فلا يكتفى بذلك بل يعزره بما فوقه لا بالضرب كما قال صاحب النهر فانه افراط حموى
واعلم انه يعزر من شهد شرب الشار بين والمجتمعون على شبه الشرب وان لم يشربوا ومن معه ركوة خمر
والمفطر فى نهار رمضان والمسلم يبيع الخمر أو يأكل الربا وكذا المغنى والنائحة يعزرون ويحبسون حتى
يحدثوا توبة قال فى النهر ولم أر ما اذا وجد منه رائحة الخمر وينبغى ان يعزر وهى حادثة الفتوى قال الحموى
وأقول فى شرح البرجندى عن القنية اذا وجد منه رائحة الخمر بدون السكر يعزر ولا يحد انتهى ولا مفهوم
لقوله بدون السكر اذ لو وجد سكران لا يحد ما لم يثبت شربه ببينة أو اقرار ونقل الحموى أيضا عن المفتاح
لو امتنع القاضى عن القضاء بعد ظهور عدالة الشهود يأثم ويعزل ويجب التعزير وفى السراجية ومن لطم
مسلما أو رفع منديله على رأسه فى السوق عزر وفى الفتاوى الكبرى للخاصى من قال لا أعمل بفتوى
الفقهاء أو ليس كما أفتوا يعزر وفى الطلبة اذا تزوج الذمى مسلمة ودخل بها يعزر وفى الخانية من قال
لمسلم يا عدو الله يعزر انتهى (قوله كالسوقية) ضبطه بعضهم بضم السين المشددة وكسر القاف وبعده
ياء مشددة مفتوحة فهو جمع سوقى وذكر بعضهم انه بضم السين المشددة وفتح الواو المخففة وليس بعده ياء
فهو بوزن غرفة ويطلق السوقة على الواحد والمثنى والجمع وربما جمع على سوق كغرفة وغرف كما
فى المصباح (قوله الاخساء) عبر فى الدرر بالخسائس وتعقبه عزمى بان الصواب الاخساء فان لفظ
الخسائس غير ثابت فى اللغة ولا موجود فى كلامهم وان ثبت فهو جمع خسيسة كخصائص جمع خصيصة
ولا معنى له فى هذا المقام انتهى (قوله ومن قذف مملوكا أو كافرا بالزنى الخ) لانه جناية قذف وقد
امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير ولهذا يبلغ بالتعزير غايته وفى الصور الآتية الرأى
الى الامام وصورتان أخريان يجب فيهما البلوغ فى التعزير غايته احداهما اذا أصاب من الاجنبية كل
حرام غير الجماع والثانية ما اذا أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج درر عن الكافى وما فى العينى
بعد قول المصنف عزر من قوله الا انه لا يبلغ به غايته فى الاول والرأى فى الثانى الى الامام انتهى وأراد
بالثانى ما عدا الاول صوابه يبلغ بحذف لا النافية شيخ شاهين (قوله أو قذف مسلما) أو ذميا كما
فى الفتح وفى القنية قال ليهودى أو مجوسى يا كافر يأثم ان شق عليه قال فى البحر ومقتضاه انه يعزر ونظر
فيه فى النهر قال شيخنا ووجهه ان الكفر قائم به وان كان هو يزعم خلافه والحاصل ان كل من ارتكب
منكرا أو آذى مسلما بغير حق بقول أو فعل الا اذا كان الكذب ظاهرا كيا كلب ولو بغمز العين أو اشارة
اليد يعزر لانه غيبة كما يجىء فى الحظر فمرتكبه مرتكب محرم وكل من ارتكب معصية لا حد فيها يلزمه
التعزير تنوير وشرحه عن الاشباه (قوله بيا فاسق) هذا أعنى اطلاق القذف على الشتم مجاز شرعى
وان كان حقيقة لغوية اذ هو الرمى لغة نهر (قوله وهو ليس بفاسق) فيه ايماء الى ما فى النهر من انه
انما يعزر بهذه الالفاظ اذا لم يكن متصفا بها فان كان لا يعزر لانه صادق فى الاخبار وان لم يعرف فسقه
وأراد اقامة البينة على فسقه قال فى القنية لا تسمع لان البينة على مجرد الجرح بخلاف ما لو قال له يا زانى
وأراد اثباته بالبينة فانه يسمع كما فى التنوير وفى النهر عن البحر هذا اذا شهدوا على فسقه ولم يبينوه فان
بينوه بما يتضمن اثبات حق لله أو للعبد كان ادعى القائل انه رآه قبل أجنبية وأقام شاهدين قبلت
فينبغى للقاضى ان يسأل القائل عن سبب فسقه فان بين سببا شرعيا طلب منه اقامة البينة فلو قال هو
ترك الواجب عليه سأله القاضى عما يجب عليه تعلمه من الفرائض فان لم يعرفها ثبت فسقه وهذا اذا
لم يخرج أى سبه مخرج الدعوى لما فى القنية ادعى عند القاضى سرقة وعجز عن اثباتها لا يعزر وفى
السراجية ادعى عليه ما يوجب تكفيره وعجز عن الاثبات ان صدر كلامه على وجه الدعوى عند الحاكم
لا يجب عليه شئ أما اذا صدر على وجه السب والانتقاص فانه يعزر انتهى (قوله ويا كافر) فيه ايماء
الى أنه لا يكفر وكان الفقيه أبو بكر الاعمش يقول يكفر والاول أصح وفى التتارخانية قال بعضهم من قال
لآخر يا كافر لا يجب التعزير ما لم يقل يا كافر بالله لان الله تعالى سمى المؤمن كافرا بالطاغوت فيكون

كالسوقية الاعلام والجرو والحبس
وتعزير الاخساء الاعلام والجرو والحبس
والضرب (ومن قذف مملوكا) مطلقا
سواء كان الملك وافرا أو ناقصا (أو
كافرا بالزنى أو) قذف (مسلما
بيا فاسق) وهو ليس بفاسق أو
يا ابن الفاسق (ويا كافر) يا يهودى
يا نصرانى

محتملا

محتملا نهر قال فى الشرنبلالية قلت ويرجح خلافه حالة السب فلهذا اطلقه فى الهداية وغيرها انتهى وفى النهر عن الخلاصة لوقال له يا كافر فأجابه بقوله لبيك كفر الخ قال ابن الملك فى شرح المشارق عند قوله عليه السلام اذا كفر الرجل أخاه فقد باء بها أى رجع بكلمة الكفر اعلم ان هذا الحديث مشكل لان من قال لاخيه يا كافر وان لم يكن متأولا اذا لم يعتقد بطلان دين الاسلام يكون كاذبا فى حقه وبالكبيرة لا يكفر المسلم عند أهل السنة فيكون محمولا على المستحل قال شارحه الضمير فى بها عائد الى المعصية المذكورة حكما يعنى رجع بمعصية اكفاره (قوله يا ابن النصرانى) وأبوه ليس بنصرانى فلو كان لا يعزر واقتصر المصنف فى مسائل الشتم على النداء وليس بقيد لان الاخبار كذلك كما اذا قال أنت فاسق أو فلان فاسق ونحوه قال فى القنية يا منافق أو أنت منافق يعزر بحر (قوله يا فاجر) لم أر من فرق بين الفسق والفجور والظاهر ان الاول أعم وعن هذا قال فى القنية شهد أحدهما انه قال له يا فاسق والآخر انه قال له يا فاجر لا تقبل نهر وأقره شيخنا والسيد الحموى ويدل عليه ما فى الدرر حيث قال الفاجر من تباشر كل معصية الخ اذ مقتضاه انها اذا ارتكبت نوعا من المعاصى لا تكون فاجرة بل فاسقة (قوله يا منافق) هو الذى يظهر الايمان ويخفى الكفر فى الجنان حموى وظاهر الدر يفيد ان الزنديق بمعناه قال وكذا يعزر بقوله يا رافضى يا مبتدعى (قوله يا لوطى يا من يعمل الخ) جمع بينهما ايماء الى انه لا فرق بينهما فى وجوب التعزير حيث صدر ذلك فى غضب وكذا لو تعود الهزل بالقبيح نهر عن الفتح خلافا لمن قال اذا قال له يا لوطى يسئل ان عنى انه من قوم لوط صلى الله عليه وسلم لا يعزر وان عنى انه يعمل عمل قوم لوط عزر على قول الامام وحد على قولهما بمنزلة ما لو قذفه بصريح الزنى (قوله يا من يلعب بالصبيان) لم أر وجه وجوب التعزير بهذا اللفظ وقد يقال ان قرينة الغضب والسب دلت على ان المراد باللعب هو الفعل القبيح (قوله يا آكل الربا يا شارب الخمر) يعنى وكان غير معروف بذلك شرنبلالية وقد قدمنا ما يفيده (قوله أى الذى لا غيرة له ممن يدخل على امرأته) أى ليزنى بها فليس المراد مطلق الدخول دل على ذلك قوله فى الدرر وهو من لا يغار على زنى أهله انتهى وسيأتى فى كلام الشارح ما يشير اليه فى الكلام على الفرق بينه وبين كشحان والديوث بتثليث الدال وفى المصباح داث الشئ ديثا من باب باع ويعدى بالتثقيل فيقال ديثه ومنه اشتق الديوث (فرع) فاسق تاب وقال ان رجعت الى ذلك فاشهد واعليه انه رافضى فرجع لا يكون رافضيا بل عاصيا ولو قال ان رجعت فهو كافر فرجع تلزمه كفارة يمين در (قوله يا مخنث) بفتح النون أما بكسرها فرادف اللوطى نهر (قوله يا خائن) هو الذى يخون فيما فى يده من الامانات حموى (قوله يا ابن القحبة) بضم القاف وسكون الحاء المهملة وهى كلمة مولدة حموى عن المفتاح وفى الدرر عن الفتاوى الظهيرية القحبة الزانية مأخوذة من القحاب وهو السعال وكانت الزانية فى العرب اذا مر بها رجل سعلت ليقضى حاجته منها فسميت الزانية بهذا قحبة وقيل من تكون همتها الزنى وقيل هى أفحش من الزانية لان الزانية قد تفعل سرا وتأنف منه والقحبة من تجاهر به بالاجرة أقول مقتضاه ان يكون فى القحبة معنى الزنى مع زيادة أمر قبيح فينبغى ان يجب فيه الحد كما وجب فى ابن الزانية اللهم الا ان يقال ان الحد انما يجب اذا قذف بصريح الزنى أو بما هو فى حكمه بأن يدل عليه اللفظ اقتضاء كما اذا قال لست لابيك أولست يا ابن فلان أبيه فى الغضب ولفظ القحبة لم يوضع لمعنى الزانية بل استعمل فيه بعد وضعه لمعنى آخر كما مر ولا يدل عليه اقتضاء وهو ظاهر ويؤيده ما قال الزيلعى لا يقال يجب الحد بقوله لغيره لست لابيك وهو ليس بصريح فى الزنى لاحتمال ان يكون من غيره بالوطء بالشبهة لانا نقول فيه نسبة امه الى الزنى اقتضاء والمقتضى اذا ثبت يثبت بجميع لوازمه فيجب الحد اذ الثابت اقتضاء كالثابت بالعبارة هذا غاية ما يمكن فى هذا المقام لكنه بعد موضع تأمل انتهى ولعل وجه التأمل هو ان لفظ القحبة لم يسمع استعماله فى غير هذا المعنى واخذه من القحاب بمعنى السعال لا يدل على ذلك فقوله فى سياق بيان الفرق بين المسئلتين بل استعمل فيه بعد وضعه لمعنى آخر كما مر لم يظهر له وجه صحة شيخنا عن عزمى زاده قلت فما فى

(يا خبيث يا لص) يا ابن النصرانى (يا فاجر يا منافق) وهو ليس بلص (يا لوطى) يا من يعمل عمل قوم لوط يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث) أى الذى لا غيرة له ممن يدخل على امرأته (يا مخنث) أى الذى فى أعضائه لين وفى كلامه تكسر (يا خائن يا ابن القحبة)

الشرنبلالية عن منح الغفار معزيا الى المضمرات من ان الحد يجب بقوله يا ابن القحبة مؤيد لما ذكره عزمى زاده من عدم صحة الفرق بين المسئلتين واذ قد عرفت هذا ظهر لك ان ما ذكره بعضهم من الفرق بين القحبة وابن القحبة فأوجب حد القذف فى الثانى دون الاول محض تحكم ثم ظهر ان وجه عدم وجوب حد القذف فى الاول يحمل على ما اذا كان المخاطب بالقحبة وابن القحبة رجلا فلا يحد فى الاول للتيقن بكذبه بخلاف الثانى والسعال مأخوذ من سعل يسعل بالضم كما فى المختار وقوله وتأنف أنف من باب طرب أنفة بفتحتين استنكف كما فى المختار (قوله وهى المرأة الفاجرة) فيه اشارة الى ان عدم حد القذف لا يشكل لما قدمناه عن الدرر من ان الفاجرة هى التى تباشر كل معصية فلا تكون فى معنى الزانية ولا فى حكمها فلا حد به انتهى فما فى منح الغفار من لزوم الحد به ضعيف وان أقره فى الشرنبلالية ولهذا قال شيخنا رحمه الله كيف يجب الحد بابن القحبة مع الاختلاف فى معناه ولهذا قال الوانى رحمه الله اختلاف معناه فى نفسه كاف فى درء الحد لكن بقى الاشكال بقوله لست لابيك فانه بانضمام القرينة يوجب الحد وان كان محتملا لمعنى آخر انتهى وفى كلام المصنف ايماء الى انه اذا شتم أصله يعزر بطلب الولد كيا ابن الفاسق يا ابن الكافر نهر ثم رأيت العلامة نوح أفندى تعقب ما ذكره وانى أفندى فقال فيه بحث لان ظاهره يدل على بقاء الاحتمال بعد انضمام القرينة وليس كذلك لان وجود الاحتمال انما هو عند عدم القرينة الدالة على تعيين المراد واما عند وجودها فلا احتمال أصلا والا خرجت القرينة عن كونها قرينة اذ شأن القرينة تخصيص بعض المحتملات بالارادة انتهى (قوله يا زنديق) هو بمعنى المنافق نهر (قوله يا قرطبان) تثنية قرطب وأبان سئل بعضهم عن القرطبان فقال كانت امرأة فى الجاهلية يقال لها أم أبان وكان لها قرطب وكانت بنتها تزنى بدرهمين وكان الناس يقولون تذهب الى قرطب أم أبان فكثر ذلك فقالت العامة قرطبان وهذه التثنية جاءت على خلاف الغالب لان التثنية عند العرب تجوز اذا اتفق الاسمان فى اللفظ غالبا فتى اختلفا فى اللفظ لم تجز تثنيتهما وما ورد من ذلك يحفظ ولا يقاس عليه حموى والقرطبان مرادف للديوث ذكره فى الدرر ونقل الحموى عن البناية ان القرطبان والكشخان لم أرهما فى كلام العرب ومعناهما عند العامة مثل الديوث الخ وذكر انه بفتح الكاف وفى العينى قيل هو السبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح الخ والكشخان بالخاء المعجمة وقيل بالحاء المهملة نوح أفندى (قوله يا مأوى الزوانى) هو الذى تأوى اليه النساء الزانيات عينى (قوله يا حرام زاده) معناه المتولد من الوطء الحرام فهو اعم من ولد الزنى كالوطء حالة الحيض وفى العرف لا يراد به الا ولد الزنى وكثيرا ما يراد به الخب اللئيم در والخب بفتح الخاء المعجمة وكسرها وتشديد الباء الرجل الخداع الجربز كما فى القاموس قال شيخنا والجربز بالضم الخبيث ثم اعلم ان ما ذكره المصنف من انه يعزر بحرام زاده فأفاد انه لا حد فيه مخالف لما نقله الحموى عن المفتاح حيث قال قال أبو الفضل الكرمانى يحد أى حد القذف بقوله حرام زاده انتهى والوجه عدم الحد لعدم القذف بصريح الزنى (قوله عزر) لانه آذاه بالحاق الشين به ولا مدخل للقياس فى باب الحدود فوجب التعزير زيلعى وكذا يعزر بالورع البارد كما اذا وجد تمرة ملقاة على الارض فعرفها نهر عن التتارخانية (قوله جواب من وخبره) فالجواب باعتبار جهة الشرطية والخبر باعتبار جهة الابتدائية ولا خلاف فى الاول واختلفوا فى الثانى على أقوال ثلاثة الاول ما ذكره الشارح والثانى وهو الاصح انه جملة الشرط والثالث انه مجموع الجملتين (قوله ليس عليه شئ) يعنى الا ان يستفسر فيقول عنيت به فعل قوم لوط والصحيح انه يعزر مطلقا ان كان فى غضب كما سبق (قوله عند أبى حنيفة) قيد به لانه عندهما يحد حد القذف كما سبق (قوله يا حجام) بخلاف يا ابن الحجام فقد جزم الزيلعى بالتعزير فيه لكن قال فى النهر وهو تحكم وما فى البحر من الفرق بأن كذبه غير ظاهر بموت أبيه بخلاف الاول لان حرفته مشاهدة مدفوع بأن الحكم لتعزيره غير مقيد بموت أبيه وعلى هذا فينبغى التعزير فى بقاء بالاولى قال فى البحر لانه بمعنى يا مفتوح وقد صرح فى الظهيرية بوجوب التعزير فيه لانه الحق

وهى المرأة الفاجرة (يا زنديق يا قرطبان
يا مأوى الزوانى أو اللصوص يا حرام
زاده عزر) فى جميع الصور المذكورة
هذا جواب من وخبره وذكر فى التجنيس
ولو قال يا لوطى ليس عليه شئ ولو قال
يا من يعمل عمل قوم لوط ففيه التعزير
عند أبى حنيفة (و) من قذف رجلا
(يا كلب يا تيس) التيس هو الذكر
من المعز والجمع تيوس وأتياس ويقال
للذكر من الظباء أيضا تيس والأنثى عنز
(يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا ذئب
يا حجام يا بغاء)

الشين

الشين به الان خصر و وجه عدم التعزير بأنه من شتم العوام ولا يقصدون به معنى معينا انتهى (قوله البغاء) هو الذى يعلم بفجورها ويرضى فهو على هذا كالديوث وفى الدر والبحر والنهر انه المأبون وذكر العينى انه المخنث فى عرف الناس ثم قال وفى شرح الوقاية لفظ البغاء من شتم العوام يتفوهون به فلا يعرفون ما يقولون قال العينى وفيه نظر انتهى قال شيخنا وجه النظر انك عرفت ان البغاء هو المخنث فى عرف الناس وفيه التعزير وجوابه ان صاحب شرح الوقاية أدرى منه بعرف أهل بلده وما قدمه الشيخ العينى من انه فى عرف الناس المخنث لا ينافى ما قاله فى شرح الوقاية لان المراد بالناس قوم مخصوصون وكل قوم مخاطبون بما عندهم وان أراد الشيخ العينى بالناس عمومهم قاطبة كما هو ظاهر صنيعه فغير مسلم وحينئذ فالمناسب فى شرح المتن ما ذكره شارح الوقاية انتهى (قوله يا ولد الحرام) قال فى البحر واما ولد الحرام فينبغى التعزير به فانه فى العرف بمعنى يا ولد الزنى فلم يجب القذف لانه ليس بصريح وقد الحق الشين به وقد أبدله فى فتح القدير بيا ولد الحمار وهذا هو الظاهر انتهى (قوله يا ناكس يا منكوس) على وزن فاعل ومفعول من نكس الرجل نكسا فهو منكوس يقال تعساله ونكسا وقيل النكس من القوم المقصر عن غاية النجدة والكرم والنكس أيضا الضعيف وكل ذلك صفة للذم عينى يقال نكس الشئ فانتكس قلبه على رأسه وبابه نصر مختار صحاح (قوله يا سخرة) بضم السين وسكون الخاء وهو الذى يسخر منه وأما سخرة بضم السين وفتح الخاء فهو الذى يسخر من الناس عينى (قوله يا ضحكة) بضم الضاد وسكون الحاء وهو الذى يضحك عليه الناس وأما بفتح الحاء فهو الذى يضحك عليهم عينى واختار فى الغاية التعزير فيهما وفى يا ساحر يا مقامر وفى الملتقى واستحسنوا التعزير لو المقول له فقيها أو علويا در (قوله يا كشحان) بفتح الكاف وكسرها حموى عن المفتاح (قوله أى الذى يتساهل فى أمر الغيرة) نقل الحموى عن القراحصارى أنه الذى لا دين له انتهى قلت وعلى كل فينبغى وجوب التعزير به خصوصا على ما نقله الشلبى عن القاموس والمغرب من ان الكشحان هو الديوث الخ وانظر هل هو بالحاء المهملة أو الخاء المعجمة ذكر فى النهر أنه بالحاء المهملة وكذا الشلبى عن خط الرازى قال وكتب تحته انه كبير البطن لكن نقل عن القاموس من باب الخاء المعجمة الكشخان و يكسر الديوث وكشخه كشخا قال له يا كشخان انتهى وكونه بالحاء المهملة حكاه نوح أفندى بقيل (قوله يا أبله) هو الذى غلب عليه سلامة الصدر كذا فى الصحاح وفى المفتاح انه الذى لا عقل له حموى (قوله يا موسوس) من الوسواس بكسر الواو وهو حديث النفس أو من الوسواس بفتح الواو وهو اسم الشيطان عينى (قوله وقيل فى عرفنا الخ) اختار هذا القيل الهندوانى ففى المسئلة ثلاثة أقوال المذهب وهو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندوانى التعزير مطلقا والثالث التفصيل ان كان المخاطب من الاشراف يعزر والا فلا شرنبلالية عن الفتح وقوى شيخنا ما اختاره الهندوانى بانه الموافق لما قدمناه من الضابط كل من ارتكب منكرا أو آذى مسلما بغير حق بقول أو فعل أو اشارة يديلزمه التعزير (قوله وأكثر التعزير الخ) والأصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع وأما ما يجرى على ألسنة الفقهاء من التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول والتقدير من بلغ التعزير حدا فى غير حد وفيه نبذه تعرف بالتأمل الصحيح وأرى ان يكون تقديره من بلغ الضرب فى غيره حدا فهو من المعتدين شيخنا عن العناية (قوله تسعة وثلاثون) لان مطلق ما روينا يتناول حد العبيد واقله أربعون فنقص عنه بسوط (قوله جلدات) بتحريك العين فى الجمع شيخنا (قوله خمسة وسبعون) اعتبارا لحد الاحرار أى لاقله لانهم الاصل فنقص عنه خمسة روى ذلك عن على فقلده أبو يوسف وفى رواية عن أبى يوسف نقص عنه سوط والحاصل ان تنقيص الخمس هو ظاهر الرواية والاصح كما فى التتارخانية تنقيص سوط واحد نهر وفيه عن الحاوى اكثره فى الحر خمسة وسبعون عند أبى يوسف وبه نأخذ انتهى فقد اختلف الترجيح هذا فى الحر أما العبد فاكثر تعزيره خمسة وثلاثون لان أدنى حده أربعون فينتقص عنه

البغاء الذى يعلم بفجورها ويرضى (يا مؤاجر) أى الذى يأخذ أجر الزوانى (يا عيار) أى الذى يتردد (يا ولد الحرام) بغير عمل وهو مأخوذ من قولهم فرس عاير (يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشحان) أى الذى يتساهل فى امر الغيرة ولا يغار على نوع غيره بخلاف الديوث (يا ابله يا موسوس) يا ابن الاسود وابوه ليس كذلك يا رستاقى وهو ليس كذلك (لا) يعزر وفى جميع الصور المذكورة وقيل فى عرفنا يعزر فى يا كلب ويا حمار ويا خنزير ويا بقر يا مقعد وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر وان كان من العامة لا يعزر وهذا حسن (وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا وأقله ثلاث جلدات) وقال أبو يوسف فى رواية مبلغ التعزير خمسة وسبعون سوطا

خمسة كالحر عزاه في النهر الى السراج (قوله وفي رواية تسعة وسبعون) اعلم أن التعزير بأكثره مقيد بما اذا كان سببه من جنس ما يجب فيه حد القذف نحو أن يقول لذمية أو أم ولد يا زانية كما في الشرنبلالية عن الخانية وفيه قصور اذ لا يشمل ما لو كان السبب من جنس ما يجب فيه حد الزنى أو حد السرقة كما لو اصاب من أجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ بعد ما جمع المتاع قبل اخراجه كما قدمناه فلو ذكر الحد مطلقا مجردا عن لفظ القذف لكان أولى قال في البحر وقد وقع التردد فيما لو اعتدى عليه فضربه خمسين سوطا كيف يعزر وأقول لا معنى لهذا التردد مع قول المصنف بعد وصح حبسه بعد الضرب (قوله ان أدناه مفوض الى رأي الامام) حتى لو رأى انه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وعلى ما ذكره المصنف تبعا للقدوري من ان أقله ثلاث يكمل له ثلاثة نهر (قوله فيقرب المس والقبلة من حد الزنى) صرفا لكل نوع الى نوعه ثم الظاهر من كلامهم ان المراد من تقريب التعزير لحد الزنى اذا كان السبب اللمس أو القبلة ان يكون فيه أكثر الجلدات وكذا المراد من تقريبه الى حد القذف اذا كان السبب قذف غير المحصن بالزنى أو المحصن بغيره بان يجلد أكثر جلدات حد القذف ويترك منها الاقل هذا هو الظاهر من كلامهم ويدل عليه أيضا لفظ التقريب فما نقل عن العناية من أن تقريب التعزير من حد القذف أن يكون فيه أقل الجلدات بعيد جدا اذ التقريب حينئذ لا وجود له أصلا فليحرر بمراجعة العناية (قوله وصح حبسه بعد الضرب) وصح القيد في السفهاء والدعار واهل الفساد حموي عن المفتاح (قوله واشد الضرب التعزير) لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف لئلا يؤدي الى فوات المقصود قال في الشرنبلالية نقلا عن الشيخ قاسم يؤخذ من هذا التعليل ان هذا فيما اذا عزر بما دون أكثره والا فتسعة وثلاثون من اشد الضرب فوق ثمانين حكما فضلا عن الاربعين مع تنقيص واحد مع الاشدية فيفوت المعنى الذي لاجله نقص يعني وهو التخفيف (قوله وقيل جمع الاسواط في عضو واحد) كذا في الهداية ومثله في اشربة الاصل وفي حدود الاصل يفرق التعزير على الاعضاء وقال الزيلعي ليس في المسئلة اختلاف الرواية واختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فتفريق الضرب على الاعضاء فيما اذا بلغ بالتعزير اقصاه والثاني فيما اذا لم يبلغ وهكذا في الشرنبلالية عن المجتبى وفتح القدير ويتقي المواضع التي تتقى في الحدود وعن ابي يوسف انه يضرب فيه الظهر والالية فقط عيني (قوله ثم حد الزنى) لان جنايته اعظم حيث شرع فيه الرجم عيني (قوله ثم حد الشرب) لان جنايته مقطوع بها بمشاهدة الشرب والاحضار الى الحاكم بالرائحة عيني فان قلت لا يلزم من المشاهدة التيقن بالسبب لانه قد يكون لاساغة لقمة قلت المراد التيقن من حيث الظاهر كما في الشرنبلالية (قوله فدمه هدر) لانه فعل ما امر به وفعل المأمور لا يتقيد بالسلامة كالفصاد ونحوه نهر وقوله هدر أي باطل قال في البحر عن ضياء الحلوم ذهب دمه هدرا اي باطلا (قوله بخلاف الزوج اذا عزر زوجته الخ) وجه الفرق ان تعزير الزوجة ليس بواجب فيتقيد بشرط السلامة بخلاف اقامة الحد والتعزير لانه واجب والواجب لا يجامع الضمان واورد ما لو جامع امرأته فماتت او افضاها حيث لا يجب عليه شئ عند الامام الاعظم ومحمد وان كان الجماع مباحا واجيب بأن ضمان المهر قد وجب ابتداء فلو وجبت الدية لكان فيه ايجاب ضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز ثم اعلم ان عدم وجوب الضمان مقيد بما اذا كانت ممن يجامع مثلها لما نقله المرحوم الشيخ شاهين عن البزازية ونصه جامع صغيرة لا يجامع مثلها فماتت ان اجنبية على عاقلته الدية وان منكوحته فالدية على عاقلته والمهر على الزوج انتهى فان قلت فعلى هذا قولهم لو وجبت الدية لكان فيه ايجاب ضمانين الخ منقوض قلت لا نسلم نقضه لان المسئلة مفروضة فيمن يباح جماعها ولا شك ان جماع الصغيرة التي لا تطيقه غير مباح وعن ابي يوسف ان القاضي اذا لم يزد في التعزير على مائة لا يجب الضمان اذا كان يرى ذلك لانه ورد ان اكثر ما عزر رواية مائة فان زاد على مائة فمات يجب نصف الدية على بيت المال لان ما زاد على المائة غير مأذون فيه فحصل

وفي رواية تسعة وسبعون وهو قول
زفر وقول محمد مضطرب في بعض
الكتب مع أبي حنيفة وفي بعضها مع
أبي يوسف ثم ذكر مشايخنا ان أدناه
مفوض الى رأي الامام يقيم بقدر
ما يرى المصلحة فيه وعن أبي يوسف
ان التعزير على قدر عظم الجرم وصغره
وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب
اللمس والقبلة من حد الزنى والقذف
بغير الزنى من حد القذف (وصح
حبسه بعد الضرب وأشد الضرب
التعزير) يريد به الشدة في الضرب
وقيل جمع الاسواط في عضو واحد
(ثم حد الزنى ثم حد الشرب ثم حد
القذف ومن حد أو عزر) بأمر الامام
(فمات فدمه هدر) وقال الشافعي
تجب ديته في بيت المال (بخلاف
الزوج اذا عزر زوجته

القتل بفعل مأذون فيه و بفعل غير مأذون فيه فيتنصف زيلعي واعلم ان عدم الضمان فيما اذا قتلها بالجماع اوافضاها عزاه في النهر للامام وابي يوسف وهو مخالف لما في الزيلعي حيث عزا ذلك للامام ومحمد (قوله لترك الزينة) مقيد بما اذا كانت قادرة عليها وكانت شرعية وكذا الاجابة اذا كانت طاهرة عن الحيض والنفاس وكانت خالية عن صوم الفرض حموي عن المفتاح وليس الجواز مقصورا على الاربعة بل له تعزيرها بما في معناها كما لو ضربت جاريته لغيرة ولم تتعظ بوعظه اوضربت ولدها الصغير لبكائه وقالوا لو قال ان ضربتك بغير جناية فأمرك بيدك فشتمته أو مزقت ثيابه او اخذت لحيته اوقالت له يا حمار أو يا ابله اوكلمت اجنبيا اوشاغبت معه فسمع صوتها اجنبي اودعت عليه او اعطت شيئا من ماله بغير اذنه مما لم تجر العادة به فضربها لا يكون الامر في يدها لان ذلك جناية وهو ظاهر في ان له ان يعزرها في هذه المواضع نهر ومنه مالو كشفت وجهها على غير محرم وليس منه ما اذا طلبت نفقتها أو كسوتها او ألحت لان لصاحب الحق يد الملازمة ولسان التقاضي والمعنى الجامع للكل انها اذا ارتكبت معصية ليس فيها حد مقدر فان للزوج ان يعزرها وأطلق في الزوجة فشمل الصغيرة اذ الصغر لا يمنع وجوب التعزير ففي التبيين التعزير مشروع في حق الصبيان وفي القنية مراهق شتم عالما فعليه التعزير وفي الروضة له ان يكره ولده على تعلم القرآن والادب والعلم وما عن الترجماني البلوغ يعتبر في التعزير أراد به ما وجب حقا لله تعالى بحر (تتمة) ادعت على زوجها ضربا فاحشا وثبت ذلك عليه عزر كما لو ضرب المعلم الصبي ضربا فاحشا فانه يعزر ويضمنه لو مات تنوير وشرحه (قوله وترك الصلاة) في احدى الروايتين وفي الرواية الاخرى ليس له ضربها لان نفع الصلاة يعود عليها لا عليه والذي عليه الكثير ان له تعزيرها على تركها وعن بعض السلف لان ألقى الله وصداقها بذمتي خير من ان أعاشر امرأة لا تصلي (قوله والخروج من البيت) وترك غسل الجنابة تنوير (فرع) التعزير لا يسقط بالتوبة كالحد واستثنى الشافعية ذوي الهيئات قلت وقدمناه لاصحابنا عن القنية وغيرها وفي الحديث تجافوا عن عقوبة ذوي المروءة الا في الحدود

(كتاب السرقة)

بفتح السين وكسر الراء ولك اسكانها مع فتح السين وكسرها ثم هي قسمان صغرى وكبرى بدأ بالكلام على الاولى لكثرتها وهي لغة أخذ الشيء في خفاء تتعدى بنفسها و بحرف الجر نهر فيقال سرق منه مالا وسرق مالا حموي عن البرجندي وتسمية المسروق سرقة مجاز كما في المغرب وركنها الاخذ وشرعا باعتبار الحرمة أخذه كذلك أي أخذ الشيء خفية بغير حق نصابا كان أولا و باعتبار القطع ماذكره المصنف در ونهر (قوله لان الولد من الزنى هالك حكما) كذا في بعض النسخ وفي بعضها هالك معنى (قوله قوام النفوس) كذا في بعض النسخ وفي بعضها قيام وقوام الشيء بالفتح والكسر عماده الذي يقوم به و ينتظم ومنهم من يقتصر على الكسر حموي عن المصباح (قوله ثم حد السرقة) أي ثم قدم حد السرقة وفيه انه لم يبق من الحدود شيء حتى يقدم عليه حد السرقة فالصواب ان يقال ثم ذكر حد السرقة حموي وأقول ليس في كلام الشارح التصريح بلفظ قدم في جانب حد السرقة فيقدر له من العوامل ما يليق به كذكر ونحوه ولم يظهر لي وجه تقديم التعزير على حد السرقة والذي يظهر تأخيره حتى عن قطاع الطريق اذ حد قطاع الطريق عقوبة مقدرة وقد يقال ذكر التعزير بعد القذف لمناسبة بينهما بجامع ان الغرض من شرعيتهما دفع العار عن المخاطب وصيانة عرضه ينبئ عن ذلك اطلاق اسم القذف على الشتم مجازا ولا كذلك حد السرقة لانه يذكر فيه مسائل لا تعلق لها بالحدود من ضمان المال وغيره ولهذا أفردها بكتاب على حدة ولما كان قطع اليد من جملة الحدود أورد السرقة عقبها (قوله هي أخذ مكلف) ولو أنثى ناطق بصير

لترك الزينة أو) لترك (الاجابة اذا دعاها الى فراشه) فانها تجب والمراد الاجابة التمكين من الوطء لان الدعوة الى الفراش كناية عن الوطء (و) لاجل (ترك الصلاة) أي بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لترك (الغسل) من الجنابة (و) ترك (الصلاة (و) أي بخلاف ما اذا عزر (والخروج) (من البيت) ولا زوجته للخروج يجوز لها الخروج اذا قبضت مهرها أووهبته منه اما قبل قبض مهرها فلها ان تخرج في حوائجها وان تزور أبويها وسائر محارمها بغير اذن الزوج وفي كتاب العلل في ضرب الولد والزوجة لترك الصلاة روايتان وذكر في جنايات الذخيرة انه ليس له ضربها على ترك الصلاة بخلاف الاب فان له ضرب ابنه على تركها بالاجماع

(كتاب السرقة)

اعلم انه قدم حد الزنى لانه شرع لصيانة الانساب والعرض وفيه احياء النفوس لان الولد من الزنى هالك معنى لعدم من يربيه ثم حد الشرب لانه لصيانة العقول التي بها قوام النفوس ثم حد القذف لانه لصيانة الاعراض ثم حد السرقة لانه لصيانة الاموال والاموال وقاية النفس والعقل والعرض (هي أخذ مكلف) مطلقا سواء كان مملوكا أو حرا كافرا أو مسلما (خفية قدر عشرة دراهم

فلا يقطع أخرس لاحتمال نطقه بشبهة ولا أعمى لجهله بمال غيره در وخرج بالمكلف الصبي والمجنون الا اذا سرق في افاقته نهر والظاهر ان المعتوه كالصبي حموي وظاهر اطلاق عبارة النهر انه اذا سرق في الافاقة يقطع وان كان وقت القطع مجنونا وظاهر ما قدمه هو من انه يشترط لاقامة الحد كونه من أهل الاعتبار يقتضي اشتراط افاقته الا ان يفرق بين الجلد والقطع فوجه ما سبق من انه ينتظر افاقته لان الحد هناك بالجلد فلا فائدة في اقامته قبل الافاقة لان الالم الذي يحصل به الاعتبار يزول قبل الافاقة ولا كذلك القطع فان سبب الاعتبار فيه لا زوال له واعلم ان الاضافة في قوله أخذ مكلف من قبيل اضافة المصدر للفاعل ومفعوله ما سيأتي من قوله قدر (قوله خفية) خرج به الاخذ مكابرة أو نهبا فلا قطع به لو كان بالمصر نهارا وان دخل الحرز خفية لان النهار وقت يلحقه الغوث فيه بخلاف الليل اذ هو وقت لا يلحقه الغوث فيه فلو لم يكتف بالخفية فيه ابتداء لامتنع القطع في أكثر السراق لا سيما في ديار مصر زيلعي ولم يبين المصنف ان المعتبر كونها خفية على زعم السارق أو المسروق منه فهي رباعية فلو كان السارق يعلم ان صاحب الدار يعلم بدخوله وعلم به صاحب الدار أيضا فلا قطع او لم يعلما فيقطع اتفاقا أو كان صاحب الدار يعلم بدخوله والسارق لا يعلم انه يعلم فانه يقطع اكتفاء بكونها خفية في زعم السارق وان كان على عكسه بان زعم اللص بان صاحب الدار علم به وصاحب الدار لم يعلم ففي التبيين لا يقطع لانه جهر وفي الخلاصة والمحيط والذخيرة انه يقطع اكتفاء بكونها خفية في زعم أحدهما أيهما كان بحر وخفية بضم الخاء وكسرها شيخنا عن المصباح (قوله قدر عشرة دراهم الخ) لقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم زيلعي فقد زيد شرعا على المعنى اللغوي أوصاف منها في السارق وهو كونه مكلفا ومنها في المسروق وهو كونه مالا متقوما مقدرا ومنها في المسروق منه وهو كونه حرزا وسيأتي بيانها والمعنى اللغوي مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء أو ابتداء فقط در وزيادة الاوصاف لاناطة الحكم الشرعي بها أي الذي هو القطع اذ لا شك ان أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع شرنبلالية عن الكمال وعن هذا ذكر السيد الحموي ان لها تعريفين يعني شرعا أحدهما باعتبار ترتب الحرمة والضمان وهو أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية بغير حق سواء كان نصابا أو لا وأما الثاني فهو ما ذكره المصنف انتهى ولا بد وان يخرج النصاب ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا في الحرز وخرج به لم يقطع ولا ينتظر تغوطه بل يضمن مثله در وان يخرجه مرة واحدة اتحد مالكه أو اختلف حتى لو أخذ عشرة من كيس كل شخص درهم قبل ان يخرج من الدار قطع زيلعي فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لم يقطع وان تكون السرقة في دار الاسلام حتى لو سرق في دار الحرب من مسلم أو البغي فأخذ في دار الاسلام لا يقطع نهر عن البدائع و ينبغي ان يقيد عدم القطع بالاخراج مرتين بما اذا تخلل بينهما اطلاع المالك أو اغلاق الباب أو اصلاح النقب فان لم يتخلل فالسرقة واحدة فيقطع ولا بد وان يكون مملوكا للغير فلا قطع في استار الكعبة وان كانت محرزة بحر ولا بد وان تكون مقصودة بالاخذ فلو قصد سرقة ثوب لا يبلغ عشرة وعليه دراهم مضروبة لا يقطع الا اذا كان وعى لها وان يكون الاخذ من صاحب يد صحيحة فلا يقطع السارق من السارق تنوير وشرحه (قوله مضروبة بالجر) لانه صفة لعشرة عيني أي صفة كاشفة لا مؤسسة لما في الدرر عن المغرب الدراهم اسم للمضروبة انتهى (قوله جيدة) زاده تبعا للمصنف في الوافي ولا يظهر نكتة حذفه من هذا الكتاب حموي (قوله كالدور والبيوت) مما أعد للحفظ بأن لا يدخل فيه بلا اذن (قوله وقال الشافعي ربع دينار وقال مالك الخ) ولنا ورود الحديث في بيان النصاب في الجملة حيث قال عليه السلام لا يقطع السارق الا في ثمن المجن وقال أصحابنا المجن الذي قطعت اليد فيه على عهد النبي عليه السلام كان يساوي عشرة دراهم رواه ابن عباس وابن عمر درر والمجن بكسر الميم وفتح الجيم اسم لكل ما يستجن به أي يستتر والمراد به الترس لانه يستر حامله والجمع مجان بالفتح نوح أفندي وانما قال في الجملة لان الحديث الذي لحق بيانا خال عن تقدير النصاب والتقدير بقول ابن عباس وابن عمر شيخنا (قوله لان الاخذ اذا لم يكن كذلك

مضروبة) جيدة (محرزة بمكان)
كالدور والبيوت (او حافظ) وقال
الشافعي ربع دينار وقال مالك ثلاثة
دراهم وانما قيد بقوله خفية ومحرزة
لان الاخذ اذا لم يكن كذلك لا يكون
الآخذ سارقا وانما قال قدر عشرة
دراهم ليتناول الدراهم

لا يكون الآخذ سارقا) أى فى حق القطع أما فى حق غيره كالاثم والامر برد عينه ان كان قائما أو بدله ان كان هالكا فسارق (قوله وما تبلغ قيمته عشرة دراهم) من وقت الاخذ الى وقت القطع بتقويم عدلين فان نقصت وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا اذا كان النقص لعيب حدث أو فوات بعض العين فعلى هذا لو سرق فى بلدة ما قيمته عشرة فأخذ فى أخرى وقيمته فيها أقل لا يقطع نهر وكذا لا يقطع عند اختلاف المقومين در عن الظهيرية وكذا لا يقطع بتقويم عدل واحد بحر (قوله لا يجب القطع) ولا يجوز لانه اذا انتفت صفة الوجوب لا تبقى صفة الجواز شيخنا (قوله لانه لو سرق عشرة رديئة الخ) قيد بالعشرة لانها لو كانت أكثر من عشرة و بلغت قيمتها من الجياد عشرة قطع فقد علمت ان تعريف المختصر قاصر فلو قال المصنف هى اخذ مكلف ناطق بصير عشرة دراهم جيادا ومقدارها مقصودة ظاهرة الاخراج خفية من صاحب يد صحيحة مما لا يتسارع من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتأويل فى دار العدل لكان أولى بحر (قوله ان كانت تروج) أى الدراهم الرديئة (قوله ثم المعتبر عشرة دراهم الخ) فيه بحث حموى قال شيخنا رحمه الله البحث لابن الهمام ونصه كما فى الشرنبلالية مقتضى ما ذكروه من ان الدراهم كانت زمن النبى عليه السلام مختلفة صنف عشرة وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة ان يعتبر فى القطع وزن العشرة لمقتضى أصلهم فى ترجيح تقدير المجن بعشرة فانه أدرأ للحد وما كان أدرأ كان أولى وهذا الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد النبى عليه السلام فأما ان قيل كالشافعية انها كانت كذلك فى زمنه صلى الله عليه وسلم فلا انتهى ويلوح انه يرد كذلك على قول الشافعية لوجود العلة انتهى كلام الشيخ حسن ويقوى هذا البحث ما ذكروه من ان أصحابنا انما أخذوا برواية تقدير ثمن المجن بالعشرة احتياطا لانه لما اختلفت الرواية فى تقدير ثمنه كان الاخذ بالاكثر أولى لانه لم يقل أحد بعدم القطع فى العشرة وانما الخلاف فى الاقل فهو بحث لا محيد عنه ومعنى قوله ويلوح اى يبدو ويظهر شيخنا عن الصحاح (قوله بوزن سبعة) الذى يظهر ان الباء فى قوله بوزن زائدة حموى (قوله فيقطع) شرط أصحابنا القطع اليد اليمنى ان تكون يده اليسرى ورجله اليمنى صحيحتين بحر (قوله ان أقر) طائعا حتى لو أقر مكرها فاقراره باطل و بعض المتأخرين يفتى بالصحة حموى عن البرجندى وفى الدر عن الظهيرية من المتأخرين من أفتى بصحة اقراره مكرها ونقل عن القهستانى انه يحل ضربه ليقر انتهى والحاصل ان الترجيح اختلف ففى التجنيس لا يفتى بعقوبة السارق لانه جور ولا يفتى بالجور ففيه رد لما أفتى به بعض المتأخرين من انه لو أقر مكرها صح وفى شرح الحموى عن الظهيرية لو علم السارق انه لو أخبر رب المال بالسرقة ظلمه لا يخبره لكن يوصل الحق اليه بطريق آخر وفى الدر عن الزيلعى آخر باب القطع جواز ذلك سياسة واقره المصنف تبعا للبحر وابن الكمال زاد فى النهر وينبغى التعويل عليه فى زماننا لغلبة الفساد ويحمل ما فى التجنيس على زمانهم وفى النهر لو أقر بالسرقة ثم هرب لا يتبع ولو فى فوره لما انه امارة الرجوع ولو رجع صريحا بعد ما أقر ولو مرتين قبل منه ذلك فى حق الحد لا فى حق المال كما فى الهداية بخلاف ما لو اقيمت عليه البينة الخ (قوله مرة عندهما) وهو قول أكثر أهل العلم نهر (قوله وذكر بشر) المريسى رئيس أهل الاعتزال (قوله أو شهد رجلان) نبه بحصر الحجة فيهما انه لا يقطع بالنكول وان ضمن المال نهر وفى تخصيص الرجلين بالذكر ايماء الى عدم قبول شهادة النساء مع الرجال فى حق القطع لان شهادة النساء لا تقبل فى شئ من الحدود أما فى حق المال فتقبل حموى عن البرجندى ويسألهما الامام كيف هى وما هى ومتى هى واين هى وكم هى وممن سرق لزيادة الاحتياط ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة ثم يحكم بالقطع در بخلاف التعزير حيث لا يحبس فيه قبل ثبوته زيلعى ولا يسأل السارق عن الزمان ولا عن المكان ويسأله عن باقى الشروط كذا فى الفتح والصواب ان يسأله لجواز ان تكون فى دار الحرب نهر وقال الحموى لقائل ان يقول يسأله عن الزمان لجواز ان تكون السرقة فى صباه فلا يحد انتهى واعلم ان السؤال عن الشهود مقيد بما اذا لم يعلم القاضى عدالتهم فان عرفها قطعه قال الشيخ حسن ولعل ما ذكره الكمال على القول

وما تبلغ قيمته عشرة دراهم وانما قيد بمضروبة حتى لو سرق عشرة تبرا لا تساوى عشرة مضروبة لا يجب القطع وروى الحسن عن أبى حنيفة ان المضروبة وغيرها سواء والاول أصح وانما زدنا جيدة لانه لو سرق عشرة رديئة لم يقطع عند أبى حنيفة وزفر وهو رواية عن أبى يوسف وعنه أيضا انه يقطع ان كانت تروج ثم المعتبر عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل (فيقطع ان أقر) الآخذ (مرة) عندهما وعند أبى يوسف لا يقطع ما لم يقر مرتين وعنه انه شرط اقرارين فى مجلسين مختلفين وكذا الخلاف فى الاقرار بشرب الخمر وذكر بشر رجوع أبى يوسف الى قولهما (أو شهد رجلان) على السرقة

بان القاضي يقضي بعلمه وهو خلاف المختار الآن لكن قال الحموي هذا اشتباه فان قضاءه بالقطع بالبينة لا بعلمه وعلمه بعدالة الشهود المتوقف عليها القضاء بالقطع ليس قضاء به ثم اعلم انه لا يقطع الا بحضور المسروق منه والشهود فان غاب أحدهم لم يقطع وكذا في الموت كما في النهر يعني اذا مات أحد من المسروق منه أو الشهود لم يقطع ايضا وهذا في كل الحدود سوى الرجم ويمضي القصاص ان لم يحضروا استحسانا نهر عن الكافي و بحر عن الكمال وتعقبه في الشرنبلالية بأن استثناء الرجم مخالف لما تقدم لهم في حد الزنى بالرجم من انه اذا غاب الشهود او ماتوا سقط الحد فلا يتجه الا استثناء الجلد فيقام حال الغيبة والموت بخلاف الرجم لاشتراط بداءة الشهود به والحاصل ان ما ذكره الشيخ حسن صريح في ان استثناء الرجم غلط وان عبارة الحاكم التي عزاها في النهر وغيره استثناء الرجم خالية عنه وفي الدر بعد ان نقل عن البحر استثناء الرجم قال لكن نقل المصنف في الباب الآتي تصحيح خلافه (قوله ولو جمعا الخ) سواء خرج جوامعه من الحرز او بعده في فوره اوخرج هو بعدهم في فورهم ولو كان فيهم صغير او مجنون سقط الحد عن الباقين زيلعي وزاد في الدر المعتوه والمحرم (قوله والقياس ان يقطع الآخذ وحده) لان الاخراج من الحرز يتحقق من الحامل وحده فيقتصر عليه وجه الاستحسان ان المعتاد بين السراق ان يتولى بعضهم الاخذ ويستعد الباقون للدفع فلو امتنع الحد بعلة لامتنع القطع في أكثر السراق فيؤدي الى فتح باب الفساد فيجري عليهم الحد جميعا سدا للباب زيلعي (قوله ولا يقطع بخشب) لم تجر العادة باحرازه ولهذا قلنا انه يقطع في الابواب والاواني والساج والابنوس والقنا والصندل كما سيأتي نهر فالمراد بالخشب الذي لا يحرز عادة ما لم تدخله صنعة متقومة بحر (قوله ونخلة باصلها) يتطلر السر في التقييد باصلها حموي قال شيخنا السر فيه الاحتراز عن الآتي من انه يقطع بسرقة الاواني والابواب المتخذة من الخشب وما غلبت قيمة الصنعة فيه على قيمة اصله (قوله وحشيش) وهو الكلاء اليابس كذا في المغرب والظاهر ان المراد بالحشيش مطلق الكلاء رطبا كان أو يابسا فيدخل فيه البقول والرياحين والتبن والعشب ونحوها حموي عن البرجندي وادخل العيني في الحشيش الحناء والوسمة ثم قال وقيل فيهما القطع في بلادنا لانهما يحرزان (قوله أوما لحا) كذا في الهداية قيل الصواب المليح او المملوح وفي التصويب تامل حموي ووجهه ان الخطأ المشهور خير من الصواب المهجور (قوله سواء كان بطا اودجاجا) هذا هو الاصح درر عن الغاية فما في البحر عن الظهيرية من استثناء الدجاج من الطير خلاف الاصح (قوله وصيد) وكذا لا قطع بسرقة جلود السباع وان دبغت ما لم تجعل مصلى أو بساطا (قوله وزرنيخ) بانواعه عيني قيل ينبغي ان يقطع به لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين نهر وهو بكسر الزاي المعجمة طين اصفر يشبه لونه لون الذهب حموي عن المفتاح (قوله وقد تحرك) كذا نقله الحموي عن الصحاح ونقل عن المصباح انه بفتحتين والتسكين تخفيف فظاهر قوله في الصحاح وقد تحرك ان التسكين هو الاصل وهذا عكس ما تقتضيه عبارة المصباح (قوله ونورة) بالضم وهي ما يتنور به حموي عن المفتاح وانما لم يقطع في هذه الاشياء لانها توجد مباحة في دار الاسلام ولو قال كما في المجمع ولا يقطع في مباحة الاصل والمتعرضة للفساد لكان اخصر واستغنى عن قوله وفاكهة رطبة الخ نهر والاصل انه لا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام لقول عائشة رضي الله عنها كانت الايدي لا تقطع على عهده عليه السلام في الشئ التافه أي الحقير وما يوجد في دار الاسلام مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير والطباع لا تضن به زيلعي وقوله وما يوجد مباحا مبتدأ وقوله حقير خبره وقوله بصورته احتراز عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان في سرقتها القطع وان كان اصلها من الخشب واصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله غير مرغوب فيه نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فانها توجد مباحا في دار الاسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهي ان يكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع وجه

الظاهر

(ولو) كان السارق (جمعا والآخذ بعضهم قطعوا ان) قسم و(أصاب لكل) واحد من السارقين (نصاب) وهو عشرة دراهم والقياس ان يقطع الآخذ وحده وهو قول زفر والشافعي وانما قال نصاب لانه ان أصاب لكل أقل من ذلك لا يقطع واحد منهم خلافا لمالك فان عنده ان سرق جماعة ثلاثة دراهم قطعوا (ولا يقطع بخشب) ونخلة بأصلها (وحشيش وقصب وسمك) مطلقا سواء كان طريا أو مالحا (وطير) سواء كان بطا أو دجاجا أو حماما (وصيد وزرنيخ) ومغرة بالتسكين وقد تحرك والامغر هي الطين الاحمر (ونورة) وفحمة واشنان وقال الشافعي يقطع بسرقة كل ما يبلغ قيمته نصابا الا التراب والطين والسرقين وهو رواية عن أبي يوسف

الظاهر انها ليست بتافهة وقوله والطباع لاتضن به أي لاتبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء بالكسر ايضا كذا في العناية فما في الشرنبلالية من ان لفظة غير في قول الدرر وبالجملة كل ما هو من اعز الاموال وانفسها ولا يوجد في دار الاسلام مباح الاصل غير مرغوب فيه انتهى زائدة غير صحيح ولعله توهم كون مرغوب هو الخبر وليس كذلك بل الخبر محذوف للعلم به كذا نبه عليه شيخنا وعلى هذا فتقديره كل ما هو من اعز الاموال وانفسها ولا يوجد في دار الاسلام مباح الاصل غير مرغوب فيه يقطع بسرقته فلفظة غير لابد منها (قوله ولا يقطع بسرقة فاكهة رطبة) لخبر أبي داود لا قطع في ثمر ولا كثر بفتح الكاف والثاء المثلثة الجمار يخرج من راس النخل واخطأ من قال انه الحطب أو صغار النخل كما في المغرب ويعجبني قول أبي العلا اللغوي

ومهفهف ابهى من القمر * قهر الفؤاد بفاتر النظر
خالسته تفاح وجنتــه * فأخذتها منه على غرر
فأخافني قوم فقلت لهـم * لاقطـع في ثمر ولا كثر

حيث اشار الى اقتباس الحديث حوى (قوله أو على شجر) لعدم الاحراز درر أي الاحراز الكامل ولهذا قال في البرهان ولو محرزا بحائط شرنبلالية واقول في كل من عبارة الدرر والشرنبلالية نظر اما بالنسبة لعبارة الدرر فلانه لافرق في عدم القطع بين المحرز وغيره كما يفيده كلام البرهان ومثله في الجوهرة على ما نقله الحموي واما بالنسبة للشرنبلالية فلان ما ذكره من التأويل يفيد وجوب القطع في المحرز على الكمال وليس كذلك لان عدم القطع ليس هو باعتبار كونه غير محرز بل باعتبار تسارع الفساد اليه كما علل به العيني ولان عبارة البرهان لادلالة فيها على ما ذكره من التأويل بل دلالتها على عدم الفرق بين المحرز وغيره ومنه تعلم ان ما ذكره بعضهم من تعليله بعدم كمال الاحراز معزيا للبرهان غير صحيح لوجهين الاول ما سبق بيانه والثاني ان التعليل بعدم كمال الاحراز لاوجود له في البرهان (قوله وبطيخ) وكل ما لايبقى حولا در (قوله ولحم) ولو قديدا وكل مهيأ للاكل كخبز وفي ايام قحط لاقطع بطعام مطلقا در (قوله لانه في اليابسة يقطع) أي على الرواية المشهورة عزمي عن العناية قال الزيلعي والمراد بالثمر ما يتسارع اليه الفساد وهو الرطب وسئل عليه السلام عن الثمر فقال من اصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلاشئ عليه ومن خرج بشئ منه فعليه غرامة مثله والعقوبة ومن سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع والجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف والجران الموضع الذي يعصر فيه العنب أو التمر قال في الصحاح واهل المدينة يسمون الموضع الذي يجفف فيه التمر مربدا وهو السطح والجرين في لغة اهل نجد ويقال تمر بيد للذي نضد في حب ونضح عليه الماء والخبنة ما تحمله في حضنك وفي الحديث لاتتخذ خبنة وفي صحاح الجوهري الجرن والجرين والجران موضع التمر الذي يجفف فيه انتهى وما وقع في بعض نسخ الزيلعي بالزاي المعجمة قال شيخنا تحريف لااصل له في اللغة وقوله عليه السلام في الحديث غير متخذ خبنة بنصب خبنة على المفعولية لمتخذ ويجوز جره بالاضافة لما قبله واقتصر شيخنا في الضبط على الثاني وكانه لانه الرواية (قوله لان الذي حصد واحرز يقطع فيه) في غير ايام القحط نهر عن المبسوط وسبق (قوله ولا يقطع بسرقة اشربة) مطربة ولو الاناء ذهبا تنوير وشرحه ومطربة بمعنى مسكرة نهر ولكن هذا لايناسب ما ذكره الشارح من الاطلاق مفسرا بقوله سواء كانت حلوة أو مرة فعلى ما ذكره الشارح لافرق بين المطرب وغيره اما في المطرب فلانه يتأول اراقته واما غيره فلتسارع الفساد اليه بناء على ان المراد بالاشربة المنقوع منها اما غير المنقوع فيقطع بسرقته حيث كان مما يحل شربه والى هذا يشير قول الشارح والمراد بالاشربة الاشربة التي لاتبقى الخ لكن يشكل بما في النهر عن الحدادي من انه لايقطع بشراب نقيع التمر والزبيب على الصحيح لانه مما يتسارع اليه الفساد وبالخل يقطع كما في الشرنبلالية عن الكمال قال وفي المجرد قال أبو حنيفة لاقطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة وفي نوادر أبي سليمان لاقطع في الرب والجلاب

(و) لايقطع بسرقة (فاكهة رطبة (و) لو (على شجر) وبطيخ (ولبن ولحم و) زرع لم يحصد) وقال الشافعي يقطع في هذه الصور واما قيد برطبة لانه في اليابسة يقطع واما قال لم يحصد لان الذي حصد واحرز يقطع فيه (و) لايقطع بسرقة (أشربة) مطلقا سواء كانت حلوة أو مرة ومن أراد حفظ هذه المسائل فليحفظ هذه القاعدة والمراد بهذه الاشربة التي لاتبقى وتتسارع الى الفساد

انتهى (قوله والافالتي تبقى وتدخر الخ) أي حولافا كثر كذا يستفاد مما قدمناه عن الدرمن انه لاقطع
بكل مالا يبقى حولا (قوله لاقطع فيما يتسارع اليه الفساد) فيه قصور يعلم مما قدمناه فلوزادقوله
أوكان مباح الاصل غير مرغوب فيه مالم تدخله صنعة لكان أولى (قوله طنبور) بضم الطاء لانه يتأول
الانكار والامر بالمعروف عيني (قوله ومصحف) بضم الميم وكسرها وقد تفتح لان الناس لا يضنون
بأخذ المصاحف للقراءة فيها فصار كالاخذ بالاذن وعن أبي يوسف انه يقطع لانه مال متقوم ولهذا يجوز
بيعه حموي والظاهر انه لا يشترط لدرء الحد عن سارق المصحف ان يكون قارئا اذله ان يتناول أخذه
لقراءة غيره اوليتعلم هو القرآن (قوله ولو محلى) لان الحلية تبع در (قوله وباب مسجد) فيه استدراك بما
قدمه أي صاحب الدرر من قوله وباب من خشب شرنبلالية وتعقبه شيخنا بانه لا استدراك لان ما تقدم
يقطع فيه لاحرازه وهذا لاقطع فيه لعدم احرازه انتهى فان قلت الحكم في باب الدار هكذا فما الفائدة
في تخصيصه قلت انما خص به لمناسبة المصحف ولهذا ذكره بعده حموي عن القراحصاري وانما لا يقطع
بسرقة باب مركب لانه حرز لا محرز درلكن لو اعتاد سرقة ابواب المساجد بولغ في تعزيره وحبسه حتى يتوب
نهر وليس المراد أنه كلما كان الباب مركبا لا يقطع بسرقته كما يتوهم من عبارة النهر بل المراد بالمركب
ما كان خارج البيت كما في الدرر فلو كان مركبا داخل الحرز قطع ولا قطع بمتاع المسجد كحصيره وقناديله
لعدم الحرز وكذا استار الكعبة كما في الشرنبلالية عن الفتح واقول فيه نظر لما قدمناه عن البحر من ان
شرط القطع ان يكون المسروق ملكا للغير وفرع عليه عدم القطع باستار الكعبة وان كانت محرزة انتهى
وفيه كلام سيأتي (قوله وشطرنج) ولو من ذهب وهو بكسر الشين شرنبلالية وذكر الحموي انه اختلف
في لفظ الشطرنج هل هو عربي أو معرب فظاهر كلام ابن هشام انه عربي وانه يقرأ بالسين والشين يعني
المهملة والمعجمة وصاحب القاموس قال بتعريبه الا انه لم يتعرض لاصله والحريري قال بتعريبه حيث
قال الشطرنج بفتح الشين وقياس كلام العرب الكسر لانه اذا عرب الاسم رد الى ما يستعمل من نظائره
في لغتهم وزنا وليس في كلامهم فعلل والذي في كلامهم على هذا الوزن فعلل بكسر الفاء فلهذا وجب
كسر الشين الخ وكان المناسب ذكر الشطرنج ونحوه كالنرد عقب الطنبور عيني (قوله ونرد) بفتح النون
وهو الذي تلعبه الافرنج عيني ولو من ذهب لتناول السارق الكسر نهيا عن المنكر ولو سرق دراهم عليها
تمثال قطع لانه أعد للتمول فلا يثبت فيه تأويل نهر (قوله وصبي حر ولو معه حلى) لان الحر ليس بمال
وما عليه تبع نهر والحلي بفتح الحاء وسكون اللام كظبي وجمعه حلى بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء
ويجوز كسر الحاء أيضا والجمع حلى بكسر الحاء وبالقصر وروي بضم الحاء أيضا حموي عن البناية (قوله
فيه نبيذ أو ثريد) لتناوله الشرب أو الاكل (قوله والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم) أي لا يميز اما المميز فلا
يقطع اجماعا لانه خداع لا سرقة نهر ولو عبر الشارح بغير المميز بدل لا يمشي ولا يتكلم لكان اولى اذ المشي
والكلام لا يستلزمان وجود التمييز (قوله وعبد كبير) أي يعبر عن نفسه ولو نائما أو مجنونا أو اعمى لانه
اما غصب أو خداع در وكذا في النهر فسر الكبير بالمميز الذي يعبر عن نفسه فعطف الشارح الصغير
الذي يعقل ويتكلم على الكبير لا حاجة اليه والحاصل ان الشارح فهم ان المراد بالكبير هو البالغ
فلهذا عطف الصغير الذي يعقل عليه وما فهمه الشارح هو الظاهر من كلام الزيلعي أيضا (قوله ولا يقطع
بسرقة دفاتر) لان المقصود ما فيها وهو ليس بمال ولو سرق الكواغد والجلود قبل الكتابة يقطع عيني
(قوله والشعوذة) في القاموس الشعوذة خفة في اليد وأخذ كالسحر ترى الشئ بغير ما هو عليه أصله من
رأي العين وهو مشعوذ ومشعوذ شيخنا (قوله أي الذي لم يعبر عن نفسه) لانه مال منتفع به ان كان
يمشي ويعقل أو بعرضية ان يصير كذلك ان كان بخلافه وحكى ابن المنذر الاجماع على ذلك مع ان
أبا يوسف استحسن عدم القطع لانه وان كان مالا من وجه لكنه آدمي من وجه والثاني يوجب شبهة
في ماليته نهر وكان الظاهر الاقتصار على قوله لانه بعرضية ان يصير منتفعا به لان الكلام في الصغير

الذي

والافالتي تبقى وتدخر مال اجماعا فيقطع
لاقطع فيما يتسارع اليه الفساد
(و) لاقطع في (طنبور) وما أشبهه
من الملاهي (ومصحف ولو محلى) بحلية
(وباب مسجد) وقال الشافعي يقطع
ان بلغت قيمة المصحف نصابا وعن أبي
يوسف رحمه الله مثله وعنه انه يقطع
ان بلغت حليته نصابا (و) لا يقطع
بسرقة (صليب ذهب) مطلقا
سواء كان في المصلى أو في غيره وعن
أبي يوسف رحمه الله ان كان الصليب
في المصلى لاقطع وان كان في بيت آخر
يقطع (و) لا يقطع بسرقة (شطرنج
ونرد وصبي حر ولو) كان (معه حلى)
وعن أبي يوسف يقطع اذا كان عليه
حلى يبلغ نصابا وعلى هذا اذا سرق
اناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف
في صبي لا يمشي ولا يتكلم حتى
لا يكون في يد نفسه (و) لا يقطع
بسرقة (عبد كبير) وصغير يعقل
ويتكلم (و) لا يقطع بسرقة (دفاتر)
مطلقا سواء كانت مشروعة ككتب
التفسير والحديث والفقه أو غير
مشروعة ككتب الشعر والسحر
والشعوذة ونحوها (بخلاف) سرقة
العبد (الصغير) أي الذي لم يعبر عن
نفسه ولا يعقل ولا يتكلم فانه يقطع
فيه عندهما خلافا لابي يوسف
(و) بخلاف (دفاتر الحساب) والمراد
بها دفاتر مضى حسابها

الذى لا يعبر عن نفسه وقوله فى النهر ان كان يمشى و يعقل صوابه حذف قوله و يعقل اذ كيف يتصف بالعقل مع ان الكلام فى الذى لا يعبر عن نفسه ولهذا قال الشارح أى الذى لم يعبر عن نفسه ولا يعقل واعلم ان العبد المسروق اذا كان صغيرا غير مميز وقيمته دون النصاب وفى اذنه ما يكمل به النصاب باعتبار الضم يقطع زيلعى (قوله لان مافيها لا يقصد بالاخذ) و ينبغى ان لا يقطع فى دفاتر مباشرى الاوقاف اذ المقصود علم مافيها من جهات وتقود وردت ثم كتمت أو وزعت نهر (قوله وكلب) ولو كلب صيدا وماشية نهر لانه مباح الاصل عينى فان قلت ما القرينة فى كلام المصنف على عطف كلب وما عطف عليه على ما لا يقطع فيه دون ما يقطع فيه مع انه ملاصقه قلت لعله التنكير اذ لو كان معطوفا على الصغير ودفتر الحساب لقال والكلب والفهد للتناسب فلما نكره دل على انه معطوف على ما لا يقطع فيه من الالفاظ المذكورة قبل قوله بخلاف الصغيرة وهى كلها منكرة ولعله انما اعاد الجار فى قوله وبخيانة وشئ قطع فيه للدلالة على ان كلا منهما مخالف لما قبله الا انه على هذا كان ينبغى اعادة الجار فى قوله وفاكهة وما عطف عليه من الانواع المختلفة ولو ادخل الجار وهو الباء على قوله وكلب وعطف البواقى عليه من غير اعادة الجار كما صنع فى الوافى لكان أحسن حموى عن ابن الشلبى (قوله وفهد) ولو عليه طوق من ذهب علم السارق به أولا لانه تبع تنوير وشرحه (قوله ودف) بفتح الدال وضمها وهو نوعان مدور ومربع نهر ويجمع على دفوف (قوله اما طبل الغزاة الخ) وكذا طبل المسحر شيخنا (قوله فاختلف المشايخ الخ) الاصح عدم وجوب القطع واختاره الشهيد وفى الولوالجية وهو المختار لان صلاحيته للهو صارت شبهة نهر (قوله وبربط) بفتح الموحدتين وهو العود نهر وفى المفتاح انه النساى وفى شرح ابن الحلبى هو ملهاة تشبه العود وهو فارسى معرب وأصله بربت لان الضارب يضعه على صدره واسم الصدر بر وقال فى المصباح البربط وزان جعفر من ملاهى العجم ولهذا قيل انه معرب شيخنا عن ابن الاثير (قوله ومزمار) وكذا كل ما كان من آلات اللهو اما على قولهما وهو المفتى به من انه لا قيمة لها بدليل انه لا ضمان على متلفها فظاهر واما على قول الامام فلان آخذها يتأول فيها الكسر نهيا عن المنكر نهر والظاهر من كلامهم انه لا يشترط صدور التأول بالفعل بل يكفى امكانه (قوله ونهب) وهو الاخذ علانية على وجه القهر نهر فعدم القطع لعدم الشرط وهو الاخذ خفية (قوله واختلاس) هو ان يختطف الشئ من يد المالك أو من البيت لقوله عليه السلام ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع وما ورد من ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر عليه السلام بقطعها فاما ان يقال كان لسرقة صدرت منها نهر اوية ال هو منسوخ بما رو ينا زيلعى أو يحمل على انه سياسة لتكرار الفعل منها وما فى النهر من تفسير الاختلاس بان يختطف الشئ من يد المالك أو من البيت حمله بعضهم على ما اذا لم يدخل البيت والا فيقطع وفى هذا الحمل نظر والظاهر عدم القطع مطلقا أخذا من تعليل الزيلعى عدم القطع بان الاختفاء شرط ولم يوجد انتهى اللهم الا ان يحمل على ما اذا كان الاخذ على وجه الخفية لكن يلزم الخروج عن وضع المسئلة حينئذ اذ الكلام فى الاختلاس لا فى السرقة واعلم ان النهب والاختلاس أخذ الشئ علانية الا ان الفرق بينهما من جهة سرعة الاختطاف فى جانب الاختلاس بخلاف النهب فان ذلك غير معتبر فيه (قوله الخلس الخ) خلست الشئ واختلسته وتخلسته اذا استلبته والتخالس التسالب والاسم الخلسة بالضم شيخنا عن الصحاح (قوله أخذ الشئ من ظاهر بسرعة) أراد بظاهر ان يكون الاخذ علانية حتى لو لم يكن كذلك بان كان اختفاء وكان الاخذ من حرزه فانه يقطع لكن لا يكون الاخذ على هذا الوجه اختلاسا بل سرقة (قوله وقال أبو يوسف والشافعى يقطع فيه) لما روى عنه عليه السلام انه قال من نبش قطعناه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة أهل اليمن وما رواه أبو يوسف منكر او محمول على السياسة لمن اعتاده نهر وقوله منكر لانه ذكر فى آخر الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جدع جدعناه ولا يكاد يثبت هذا ابداعينى والجدع بالجيم والدال المهملة قطع

لان مافيها لا يقصد بالاخذ وانما المقصود الكواغد فيقطع ان بلغت نصابا واختلف فى كتب الادب قيل هى ملحقة بسائر دفاتر الحساب وقيل بالفقه والتفسير (و) لا يقطع بسرقة (كلب وفهد ودف وطبل) هذا اذا كان طبل لهو واما اذا كان طبل الغزاة فاختلف المشايخ فى وجوب القطع فيه (وبربط ومزمار و) لا يقطع (بخيانة) المودع ما فى يده من الشئ المأمون (ونهب واختلاس) الخلس بالخاء المعجمة والسين المهملة أخذ الشئ من ظاهر بسرعة (ونبش) النبش استخراج الشئ المدفون من باب طلب ومنه النباش الذى ينبش القبور وقال أبو يوسف والشافعى يقطع فيه واختلف مشايخنا فيه اذا كان القبر فى بيت مقفل

الانف وقطع الاذن أيضا وقطع اليد والشفة شيخ شاهين عن الصحاح (قوله والاصح انه لا يقطع) صحح ابن الملك في شرح المجمع ان النباش يقطع سواء كان القبر في بيت مقفل أو في الصحراء والخلاف انما هو في سرقة الكفن المسنون اما اذا سرق الزائد على القدر المسنون أو شيئا آخر وضع معه في القبر لا يقطع اتفاقا حموى (قوله سواء نبش الكفن) صوابه سرق الكفن (قوله أو سرق مالا آخر من البيت) الذي فيه القبر لتأوله زيارة القبر نهر (قوله وكذا اذا سرق الكفن من تابوت الخ) أو من بيت فيه الميت نهر معللا بتأوله تجهيزه وادعى ان اطلاق كلام المصنف يشمله قال الحموى وفي الشمول نظر (قوله ومال عامة) لانه منهم واذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث شبهة نهر (قوله أو مشترك) لان ثبوت ملكه في بعضه شبهة قوية وفي السراج لو أوصى له بشئ فسرقه قبل موت الموصى قطع وان بعد الموت وقبل القبول لا يقطع والظاهر انه لا فرق في عدم القطع بعد الموت بين ان يكون الموصى به مفرزا كالثوب أولا كثلث ماله واما مال الوقف قال في البحر لم أر من صرح به ولا يخفى انه لا يقطع به وقد عللوا عدم القطع فيما لو سرق حصير المسجد بعدم المالك فكذا هذا انتهى ولو قيل ان كان الوقف على العامة فماله كبيت المال وان كان على اقوام محصورين فلعدم المالك حقيقة لكان حسنا نهر قال شيخنا هذا عجيب منهما أي من صاحب البحر والنهر لتصريح علمائنا وتصريحهما أيضا في فصل كيفية القطع واثباته بانه يقطع بطلب كل من له يد حافظة وصرحوا في التمثيل لذلك بمتولي الوقف يقطع بطلبه اذا سرق مال الوقف من يده حقيقة أو حكما بان أخذ من حرز فكان بحثا مخالفا للمنقول ويظهر ان الاظهر في التعليل لعدم القطع في حصير المسجد كونها غير محرزة انتهى فعلى هذا يقطع بسرقة استار الكعبة اذا كانت محرزة بطلب من له يد حافظة خلافا لما قدمناه عن البحر (قوله ومثل دينه) لانه استيفاء لدينه وله ذلك من غير رضا من عليه اذا ظفر به زيلعي (قوله يقطع قياسا) لانه لا يباح له أخذه فصار كاخذه من غيره وجه الاستحسان ان دينه ثابت في ذمته والتاجيل لتاخير المطالبة زيلعي (قوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه) لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه فيصير شبهة زيلعي ينبغي ان يقال تعبير الشارح كالزيلعي بقوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه يقتضي عدم شمول كلام المصنف له وكانه لتوهم أن المراد بالمثل المماثلة في المقدار وليس كذلك بل المراد المماثلة من حيث الجنس حتى لو سرق عروضا تساوي دينه يقطع لانه ليس له ولاية لاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي الا ان يدعي البيع فحينئذ يدرأ عنه الحد للشبهة (قوله وعن أبي يوسف انه لا يقطع أصلا) لان له ان يأخذ عند بعضهم كابن أبي ليلى والشافعي قضاء عن حقه أو رهنا به قلنا هذا قول لم يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر وفي المجتبى وما قالاه أي أبو يوسف والشافعي أوسع ويجوز الاخذ به عند الضرورة انتهى قال الحدادي والتوفيق بين القولين ان يحمل قول من قال بالقطع يعني كالامام الاعظم ومحمد على من لم يعرف الخلاف السابق ومن قال بعدمه على من عرف ولا خلاف انه لو قال أخذتها رهنا بديني أو قضاء لا يقطع نهر (قوله فالصحيح انه لا يقطع) لان النقدين جنس واحد حكما ولهذا كان للقاضي ان يقضي به دينه من غير رضا المطلوب ويضم احدهما الى الآخر في الزكاة زيلعي والحلي كالعروض فيقطع به در ولو سرق من غريم أبيه أو ابنه الكبير أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون قطع لا ان سرق من غريم ابنه الصغير ولو سرق العبد أو المكاتب من غريم المولى قطع نهر وقوله أو مكاتبه أو عبده يعني سرق من غريم مكاتبه أو من غريم عبده هذا هو المراد وبه صرح في التنوير ولو صرح به في النهر لكان أولى دفعا للايهام (قوله ولا يقطع بشئ قطع فيه ولم يتغير) كذا لا يقطع لو كان ذهبا أو فضة وقطع به ورد فجعله المسروق منه آنية أو كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند أبي حنيفة خلافا لهما شرنبلالية عن الفتح بخلاف ما اذا باعها من السارق ثم اشتراها ثم سرقها الاول لان تبدل الملك يوجب تبدل العين حكما فصارت كانها تبدلت حقيقة أصله حديث بريرة انه عليه السلام قال هو لها صدقة ولنا هدية زيلعي

قوله

والاصح انه لا يقطع سواء نبش الكفن
اوسرق مالا آخر من البيت وكذا اذا
سرق الكفن من تابوت في القافلة
وفيه الميت لا يقطع في الاصح (و)
لا يقطع بسرقة (مال عامة) أي كمال
بيت المال (أو مشترك) بين السارق
والمسروق منه (ومثل دينه) أي من
له على آخر دين فسرق منه مثله والدين
حال لم يقطع وان كان مؤجلا يقطع
قياسا ولا يقطع استحسانا وكذا اذا
سرق زيادة على حقه لا يقطع وان
سرق من خلاف جنس حقه يقطع
وعن أبي يوسف انه لا يقطع وان
كان دينه دراهم فسرق دنانير المديون
فالصحيح انه لا يقطع (و) لا يقطع (بشئ
قطع فيه ولم يتغير) يعني من سرق
عينا فقطع فيها فردها

(قوله ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع) لان القطع يستلزم سقوط عصمة المحل وبالرد الى المالك ان بقيت حقيقة العصمة بقيت فيه شبهة السقوط نظرا الى اتحاد المالك والملك والعين فان قيل حد الزنى يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد فوجب ان يكون حد السرقة كذلك قلنا حد الزنى يجب باعتبار المستوفى من منافع البضع والمستوفى في الزنى الثاني غير المستوفى في الاول اما حد السرقة فباعتبار العين وهي لا تختلف حتى لو اختلفت بان تغيرت وجب القطع ثانيا زيلعي وقوله حد الزنى يتكرر بتكرر الفعل بان زنى ثانيا بعدما حد للاول وترك التقييد به لما سبق (قوله ويقطع بسرقة الساج الخ) لان هذه الاشياء من اعز الاموال وانفسها وهي محرزة ولا توجد مباحة الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصار كالذهب والفضة وفي شرح المختار لا قطع بالعاج ما لم يعمل فاذا عمل منه شيء قطع فيه ولا قطع في الزجاج لانه يتسارع اليه الفساد وقيل في المصنوع منه يقطع ويقطع في العود والمسك والادهان والورس والزعفران والعنبر لما ذكرنا في الفصوص زيلعي ونقل الحموي عن المفتاح ان القطع بسرقة الساج بحسب ديارهم اما في ديارنا فلا قطع فيه والالف فيه منقلبة عن واو واصله سوج بفتحتين الخ (قوله قالوا الابنوس الابلاد الهند) وكذا الابنوس شيخنا (قوله والقنا والابنوس) القنا بالقصر جمع قناة خشب الرماح والفه منقلبة عن واو والابنوس بفتح الباء فيهما بمعنى مغرب وانما فتحت الباء هربا من اجتماع الساكنين حموي (قوله والصندل) خشب احمر واصفر طيب الرائحة (قوله والفصوص الخضر) التقييد بالخضر اتفاقي ومن ثم اطلق صاحب المجمع حموي (قوله والياقوت) في البناية الياقوت احمر واصفر واخضر واعزها الاحمر حموي (قوله والزبرجد) بفتح الزاي والباء وهو حجر اخضر ينفع من الصرع وكلال البصر حموي عن المفتاح قال وفي البناية انه حجر اخضر يشبه الياقوت الاخضر وليس له منفعة الاحسن منظره انتهى (قوله كما في الحصير البغدادي الخ) وكذا الدمهوري لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة (قوله لا يثقل على الواحد حمله) كذا في الهداية وعلله بان الثقيل منه لا يرغب في سرقته انتهى وفيه نظر لان ثقله لا ينافي ماليته ولا ينقصها وانما تقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا لامتنع القطع في فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولهذا اطلق الحاكم في الكافي القطع شرنبلالية عن الكمال وقال الحموي ما ذكره الشارح من التقييد لم يظهر وجهه وما يقال من ان وجهه عدم تأتي الخفية فيه ففيه نظر انتهى ثم رأيت الجواب عن الهداية لشيخنا بخطه حيث ذكر ان ما نظر به الكمال ساقط لتخصيص الهداية بكلمة منه وانما يرد لو كان اطلق كما لا يخفى انتهى قلت ولهذا علل الزيلعي المسئلة بقوله لانه لا يرغب في سرقة الثقيل من الابواب انتهى ومنه يعلم انه لا قطع بسرقة ما يثقل من الابواب مطلقا او على وجه الخفية خلافا لما سبق عن السيد الحموي (فرع) دلال معروف في يده ثوب تبين انه مسروق فقال رددته على الذي اخذته منه برئ كذا بخط شيخنا عن منية المفتي في الكفالة والحوالة

(فصل في الحرز) (قوله وهو الموضع الحصين) اي لغة ولم يذكر معناه الشرعي وقال العيني وهو اي الحرز في اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذي يحرز فيه الشيء اي يحفظ وفي الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة او الشخص نفسه والمراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا انتهى وسواء كان للدار باب وهو مفتوح او ليس لها باب نهرا لان البناء يقصد للاحراز لكن لا يقطع بالسرقة من الدار اذا كان بابها مفتوحا في النهار لانه مكابرة بخلافه في الليل بعد انقطاع انتشار الناس زيلعي عن شرح الف[ا]ر ونقل عن المحيط ان النباش نهارا لا يقطع ايضا اذا لم يكن في الدار احد فان كان فيها واحد وهو لا ي[علم] [بال]نباش قطع وظاهر ما نقله الزيلعي عن ا[لهـ]داية يقتضي انه يقطع في المغلوقة مطلقا اي وان لم يكن فيها احد [illegible] (قوله لا برضاع) [illegible] محرمية برضاع يقطع اذا سرق من ابيه او ابنه او اخيه رضاعا و[قال] الزيلعي [illegible] [ا]لرحم المحرم رده العيني بجواز ان يكون رحما من

ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع وعن ابي يوسف والشافعي يقطع قياسا وانما قال ولم يتغير لانه لو تغيرت عن حالها بان سرق غزلا فقطع فرده فنسج ثم سرقه ثانيا يقطع (ويقطع بسرقة الساج) الساج شجر عظيم جدا قالوا الابنوس الابلاد الهند كذا في المغرب (و) بسرقة (القنا) اي الرمح (والابنوس) (والصندل) والدارصيني (والفصوص) الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ) وعن محمد لا يقطع في الفص ونحوه (و) يقطع بسرقة (الاواني والابواب المتخذة من الخشب) قوله المتخذة متعلق بالاواني والابواب واعلم انه اذا غلبت الصنعة على الاصل في الحصير كما في الحصير البغدادي والجرجاني قالوا يقطع ايضا وتفسير الغلبة ان تزيد قيمة الصنعة على قيمة الاصل كذا في شرح القدوري وفي الابواب المعمولة انما يقطع اذا كان في حرز اما اذا كان في باب الدار لا يقطع وانما يقطع اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله *(فصل في الحرز)* قال احرزه جعله في الحرز وهو الموضع الحصين (ومن سرق من) بيت (ذي رحم محرم لا برضاع)

النسب ومحرما من الرضاع فيحتاج الى اخراجه انتهى وذلك كابن العم الذى هو أخوه رضاعا وهو المحقق لان الرحم لا يكون الا نسبا اما المحرم فقد يكون من الرضاع أيضا فأخرجه وكانه قال محرم نسبي نهر الا ان السيد الحموى نظر في كلام العيني ولم يبين وجه النظر و بينه شيخنا بان الزيلعي لا ينكر ما ذكره العيني وانما يقول اذا كان محرما من الرضاع لم يدخل تحت ذي الرحم المحرم أي مجموعهما من النسب (قوله لم يقطع مطلقا) اما في قرابة الولاد فللاذن بالدخول في الحرز مع البسوطة في المال وأما في غيرهم كالاخ والاخت فلالحاقهم بقرابة الولاد بجامع الاذن بالدخول في الحرز نهر قال البرجندي والظاهر انه لا دخل للقرابة وانما المعتبر الحرز ففي كل موضع كان له ان يدخل فيه بلا مانع ولا حشمة لا يقطع سواء كان بينهما قرابة أولا ولذا لا يقطع لو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره قال الحموى وفيه نظر فان الصديقين يدخل احدهما بيت الآخر بلا مانع ولا حشمة مع انه يقطع اذا سرق من بيت صديقه فظهر ان للقرابة يعني المؤيدة بالمحرمية مدخلا ويدل على ذلك تعليلهم المسئلة بان القطع يفضي الى قطيعة الرحم واقول هذا لا يرد على البرجندي لان الصديق وان كان يدخل محل صديقه بلا مانع ولا حشمة لكن لزمه القطع للسرقة من بيت لم يؤذن له في دخوله حتى لو سرق من المحل الذي جرت عادته بدخوله لم يقطع (قوله وعن أبي يوسف اذا سرق من امه رضاعا لم يقطع) لانه يدخل عليها عادة من غير استئذان بخلاف اخته من الرضاع لعدم هذا المعنى زيلعي (قوله لانه اذا سرق مال ذي رحم محرم من بيت غيره يقطع) وقول العيني ينبغي ان لا يقطع في الولاد للشبهة معناه ينبغي ان لا يقطع بالسرقة من الاجنبي اذا كان المسروق من الاجنبي مال أصله وان علا أو فرعه وان سفل شيخنا (قوله و زوجته و زوجها) لجريان الانبساط بين الزوجين في الحرز والمال عيني ولو في عدة البائن وكذا الاقطع لو سرق من اجنبية ثم تزوجها سواء كان التزوج قبل القضاء بالقطع أو بعده في ظاهر الرواية كما في التبيين والفتح وكذا لو سرقت منه ثم تزوجته يكون على هذا شرنبلالية عن البحر بخلاف ما اذا سرق منها بعد انقضاء العدة فانه يقطع بحر وعن محمد اذا تزوجها بعد القضاء يقطع زيلعي والحاصل ان في باب السرقة يكتفى بوجود الزوجية في حال من الاحوال قبل القطع و في باب الرجوع في الهبة لا بد من قيام الزوجية وقت الهبة فلو حدثت بعدها فالرجوع ثابت وفي الوصية الاعتبار لها حالة الموت لا غير بحر (قوله لم يقطع مطلقا) الاطلاق في مقابلة ما فصله مالك حموى (قوله وقال الشافعي يقطع) أي في قول لاطلاق النص وبه قال مالك وأحمد وفي قول آخر يقطع في الزوج فقط عيني أي يقطع في سرقة الزوج (قوله وقال مالك الخ) الذي في العيني وعن مالك (قوله ومن سرق من سيده) شامل للقن والمدبر والمكاتب وام الولد بحر ولم يذكر معتق البعض ولعله كالمكاتب شرنبلالية وقدمنا انه المأذون له مع انه نص عليه في البحر ومن هنا يعلم ما في كلام بعضهم حيث ذكر ما ظاهره تصريح الشرنبلالي بالمأذون وليس كذلك وكذا لا يقطع بالسرقة من أقارب سيده لما في البحر من ان العبد ملحق بمولاه حتى لا يقطع في سرقة لا يقطع فيها المولى كالسرقة من أقارب المولى لانه مأذون له بالدخول عادة في بيت هؤلاء لاقامة المصالح (قوله ومن مكاتبه) لان له حقا في كسبه نهر وينبغي على هذا مكاتب المكاتب شرنبلالية (قوله وختنه وصهره) الختن زوج كل ذي رحم محرم منه والصهر كل ذي رحم محرم من امرأته عيني ونهر وذكر الحموى ان الختن زوج البنت وقيل زوج كل ذي رحم محرم منه انتهى (قوله ومن مغنم) وان لم يكن له في الغنيمة حق لانه مباح الاصل وهو على صورته لم يتغير خلافا لما في الغاية حيث قال ينبغي ان يكون المراد من السارق من له نصيب فيها أما من لا نصيب له فيقطع نهر وفي الدر ما يخالفه حيث عزا للغاية عدم القطع بالسرقة من المغنم وان لم يكن له حق فيه معللا بانه مباح الاصل فصار شبهة انتهى ثم ظهر ان ما في النهر من التقييد بالنظر لصدر كلام الغاية وما في الدر من الاطلاق بالنظر لآخره (قوله ومن بيت أذن للناس في دخوله) وفي قوله للناس اشارة الى انه لو أذن لجماعة مخصوصين فدخل معهم من لم يؤذن له وسرق ينبغي ان يقطع قال في البحر ولم أره وحرز كل شئ يعتبر بحرز مثله حتى

لم يقطع مطلقا سواء سرق من ماله أو مال غيره وقال الشافعي يقطع في غير الولاد وعن أبي يوسف اذا سرق من أمه رضاعا لم يقطع وانما قيدنا بالبيت لانه اذا سرق مال ذي رحم محرم من بيت غيره يقطع (و) من سرق من (زوجته و) من سرقت من (زوجها) لم يقطع مطلقا وقال الشافعي يقطع وقال مالك ان سرق من بيت سوى البيت الذي هما فيه يقطع والا فلا (و) من سرق من (سيده وزوجته) أي زوجة سيده (و) من (زوج سيدته ومن مكاتبه و) من (ختنه وصهره ومن مغنم) من الغنيمة (و) من (حمام) ومن (بيت أذن) للناس (في دخوله) ويدخل في ذلك حوانيت التجار

انه لوسرق دابة من اصطبل يقطع بخلاف اللؤلؤة كذا ذكره الطحاوى وقال الكرخى ما كان حرزا النوع فهو حرز للانواع كلها قال السرخسى وهذا هو المذهب عندنا انتهى ويخالفه ما فى الدر عن القهستانى أنه جزم بان المذهب ان حرز كل شئ يعتبر بحرز مثله وفى المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ فى الصحيح حتى لو أذن له بالدخول فيه فسرق منه وصاحبه عنده لا يقطع لان الحافظ لا يعتبر مع الحرز بالمكان وذلك قد سقط بالاذن زيلعى (قوله لم يقطع) أطلقه فعم مالو كان صاحب المتاع الذى سرق من الحمام ونحوه يحفظه لما قدمناه من ان الحرز بالحافظ لا يعتبر فى الحرز بالمكان وهو ما اعد لاحراز الاموال كالدور والبيوت والصناديق وأمثال ذلك فكان الحرز بالمكان أقوى لانه يمنع من وصول اليد الى المحرز مع اختفائه عن أعينهم فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الاصل بخلاف مالو سرق من المسجد وربه عنده فانه يقطع كما سيذكره المصنف لعدم الحرز بالمكان فكان الحرز بالحافظ معتبرا ولهذا نقل الحموى عن الخلاصة انه اذا نزل جماعة بيتا أو خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه او تحت رأسه لا يقطع ولو كان من مسجد قطع انتهى وكذا لا يقطع القفاف وهو الذى يعطى الدراهم لينظر اليها فيأخذ منها وصاحبها لا يعلم به تنوير وشرحه (قوله وعند أبى يوسف ومحمد اذا سرق من بيت ختنه الخ) لعدم الشبهة فى المال والحرز وبه قالت الثلاثة وله ان الخلوة معهن مباحة والدخول عليهن للزيارة معتاد فأورث شبهة وتأخير الزيلعى لدليلهما موذن بترجيحه والخلاف مقيد بما اذا كان كل فى منزل على حدة أما اذا جمعهما منزل واحد فلا قطع اتفاقا والمحرمية بالمصاهرة كالمحرمية بالرضاع نهر (قوله وعن أبى حنيفة اذا سرق ثوبا من تحت رجل فى الحمام الخ) مبنى على ان الحرز بالحافظ يعتبر ولو مع الحرز بالمكان وهو خلاف الراجح كما سبق (قوله هذا اذا أخذ نهارا) لم يرد بالنهار ولا بالليل خصوصهما بل أراد بالنهار وقتا قد أذن للناس بالدخول فيه ولو ليلا وكذلك قوله أما اذا أخذ ليلا الخ أراد به وقتا لم يؤذن للناس بالدخول فيه ولو نهارا كذا يستفاد من الشرنبلالية اذا علمت هذا ظهر أنه لا حاجة لما ذكره الحموى حيث استثنى من قول الشارح هذا اذا أخذ نهارا فقال يعنى الا اذا كان بابه مغلقا فحينئذ يقطع فى النهار كما فى الكافى انتهى لان غلق بابه علامة على عدم الاذن بالدخول ثم قال وينظر حكم مالو سرق من المسجد وكان المسجد مغلقا انتهى قال شيخنا والحكم أنه لا قطع لانه ليس بحرز لانه ما بنى للاحراز ولهذا اعتبر وافيه الحرز بالحافظ انتهى (قوله أو من غير الحرز) أشار الى ما فى النهر من أن الحكم غير قاصر على المسجد بل كذلك كل مكان لم يوضع للاحراز ومنه الطريق والصحراء انتهى لكن عطفه باو يوهم ان المسجد حرز وليس كذلك الا أن يجعل من عطف العام على الخاص لكن يرد عليه ان عطف العام على الخاص شرطه الواو حموى والمراد مسجد الجماعة فلو سرق من مسجد البيت قطع حموى أيضا (قوله وربه عنده) وأشار بالحضرة الى أن الثياب ليست عليه فلو سرق من رجل ثوبا عليه أو رداء أو قلنسوة أو منطقة أو سرق من امرأة نائمة حليا عليها لم يقطع وكذا اذا سرق من رجل نائم ملاءه وهو لابسها لم يقطع بحر عن المجتبى وفيه مخالفة للزيلعى حيث أوجب القطع فيما اذا سرق ملاءه وهو لابسها وفيه أنه مع اللبس لا يكون قاصدا للحفظ فكيف يلزمه القطع (قوله حاضر) نائما كان او يقظان فى الاصح لانه عليه السلام قطع سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم فى المسجد نهر واعلم ان اطلاق قول المصنف وربه عنده يفيد القطع مطلقا سواء كان تحت رأسه أو جنبه اولم يكن وظاهر كلام الزيلعى ان هذا هو الراجح يدلك على هذا قوله وقيل لا يكون محرزا فى حال نومه الا اذا كان تحت رأسه او تحت جنبه وجه الاول ان المعتبر الاحراز وقد حصل به فان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا له لا مضيعا ولهذا لا يضمن المودع والمستعير به اه (قوله وان لم يخرجه عنه) بخلاف المحرز بالمكان فان اخراجه شرط لوجوب القطع زيلعى ونصه والاخراج من الحرز شرط لوجوب القطع فى المحرز بالمكان لقيام يده قبله وفى الحافظ يكتفى بمجرد الاخذ لزوال يد المالك به الخ وقوله لقيام يده قبله أى لقيام يد المالك قبل الاخراج (قوله

(لم يقطع) هذا جواب الشرط ومتعلق بالجميع وعند أبى يوسف ومحمد اذا سرق من بيت ختنه وصهره يقطع فيهما وعن أبى حنيفة رحمه الله اذا سرق ثوبا من تحت رجل فى الحمام يقطع وعندهما لا يقطع وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى هذا اذا أخذ نهارا اما اذا أخذ ليلا فيقطع (ومن سرق من المسجد) أو من غير الحرز (متاعا وربه عنده) حاضر (قطع) وان لم يخرجه عنه والا لا

والمراد بالرب الحافظ) مالكا كان أولى وانما قال والمراد الخ لان حقيقة الرب المالك لا الحافظ حموى (قوله وان سرق ضيف الخ) اطلقه فشمل ما اذا سرق من البيت الذى أضافه فيه او من غيره من تلك الدار التى أذن له فى دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل شرنبلالية عن الفتح ولا يشكل بما سبق من لزوم القطع فى الصديق لحمله على ما اذا دخل اعتمادا على ما بينهما من الصداقة فقط حتى لو أذنه بالفعل لم يقطع كالضيف فلا منافاة (قوله ولم يخرجه من الدار) لعدم تحقق الاخذ من كل وجه وقيد بالسرقة لانه فى الغصب يجب الضمان وان لم يخرجه فى الاصح نهر لانه يجب مع الشبهة هذا اذا كانت الدار صغيرة لا يستغنى أهل البيوت عن الانتفاع بصحنها الانها حينئذ تكون كلها حرزا واحدا وان كانت كبيرة وأخرجه الى صحنها يقطع وان لم يخرجه منها زيلعى ومنه تعلم ما فى كلام الشارح من الاجمال حيث اعتبر الاخراج الى الصحن مع انه انما يقطع به اذا كانت الدار كبيرة (قوله الى الصحن) مفهومه ان الاخراج الى الصحن موجب للقطع وهذا اذا كانت كبيرة فلو صغيرة فلا بد من الاخراج الى خارج الدار كما سبق (قوله وان أخرجه من حجرة الى صحن الدار) أراد بالدار الكبيرة التى بها حجر ومنازل وفى كل حجرة مقصورة وهى مكان يستغنى به عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكة فيكون الاخراج اليه كالاخراج الى السكة فيقطع وبهذا تغايرت المسئلة مع ما قبلها نهر (قوله او أغار من أهل الحجر الخ) فيما اذا كانت الدار كبيرة لانها بمنزلة المحلة بخلاف ما اذا كانت صغيرة فان حكمها حكم مكان واحد فلا يقطع الساكن فيها ولا المأذون له بالدخول فيها اذا سرق من بعض مقاصيرها عينى وقوله أو اغار من أهل الحجر على حجرة معناه سرق رجل من أهل الحجر شيئا من حجرة فالجار والمجرور صفة للفاعل المحذوف وحجرة قام مقام المفعول المحذوف كما يقام الظرف مقام المظروف قرا حصارى يقال أغار الفرس فى العدو اذا أسرع أى سرق شيئا منها بسرعة والحاصل أن المصنف فى التعبير بهذا اللفظ تابع لشمس الائمة الحلوانى ولفظ محمد وان أغار انسان من أهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة أخرى وهذا أصح لان الاغارة تدل على الجهر والسرقة تدل على الخفية شلبى قلت ومن ثم فسر قرا حصارى اغار بسرق حموى (قوله أو نقب بيتا) ليس البيت قيدا بل المراد ما يكون حرزا حموى (قوله فدخل والقى شيئا الخ) هذا اذا رماه بحيث يراه فان رماه بحيث لا يراه فلا قطع وان أخذه لانه جعل مستهلكا له على هذه الصفة قبل خروجه بدليل وجوب الضمان عليه قيد باخذه له لانه لو لم يأخذه أو أخذه غيره كان مضيعا لا سارقا نهر قلت والظاهر أن التقييد بالعطف بثم اتفاقى حموى وأقول بل الظاهر أنه انما عطف بثم الدالة على التراخى اشارة الى انه لا يشترط للقطع كون الاخذ على فور الالقاء ولو عطف بالفاء لربما توهم اشتراط الفورية فلا يكون تقييد العطف بثم اتفاقيا (فرع) سقط منه مال فاخذه غيره ليرده على صاحبه ثم رده الى موضعه لم يضمن لانه فى ذلك الموضع فى يد صاحبه حكما زيلعى ومقتضى قوله ليرده على صاحبه انه لو أخذه لنفسه ثم رده ان يضمن (قوله فساقه) أو علق رسنه فى عنق كلب وزجره قيد بما يضاف سيره اليه لانه لو علقه فى عنق طائر فالقاه فى منزل السارق فانه لا يقطع واختلف لو وضعه فى ماء واخرجه بقوة جريه والاصح أنه يقطع لانه أخرجه بسببه ويشكل عليه ما مر من مسئلة الطائر ولهذا والله أعلم جزم الحدادى بانه لا قطع ولم يحك غيره ولا كلام انه لو أخرجه بتحريكه لضعف الماء قطع نهر (قوله خلافا لزفر فى صورة الالقاء) لان الالقاء غير موجب للقطع فكذا الاخذ من السكة قلنا الرمى خصلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ للقتال أو للفرار ولم تعترض يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا نهر وقوله خصلة ضبطه شيخنا بفتح الخاء (قوله وان ناول آخر الخ) لم يذكر محمد ما لو وضعه فى النقب ثم خرج وأخذه والصحيح أنه لا يقطع نهر عن الفتح وقوله ناول آخر يجوز أن يقرأ بالرفع أى أخذ آخر من السارق الداخل من خارج اى خارج البيت وبالنصب أى اعطى السارق المسروق آخر قرا حصارى (قوله أو ادخل يده فى بيت وأخذ) القول على لا قطع على السارق الظريف وفسره بهذا قيد بالبيت لانه لو ادخل يده فى الجوالق أو الصندوق قطع لعدم

والمراد بالرب الحافظ (وان سرق
ضيف ممن أضافه أو سرق) من
الدار (شيئا و) الحال انه (لم يخرجه
من الدار) الى الصحن (لا) يقطع
(وان أخرجه من حجرة الى) صحن
(الدار أو أغار من أهل الحجر على حجرة
أو نقب) بيتا (فدخل) فيه وأخذ
(وألقى شيئا فى طريق) وخرج (ثم
أخذه أو حمله) أى المسروق (على
حمار فساقه وأخرجه قطع) فى جميع
الصور المذكورة خلافا لزفر فى صورة
الالقاء فى الطريق ثم الاخذ فان عنده
لا يقطع وانما قيد بقوله فدخل لانه
اذا لم يدخل فيه بنفسه بل أدخل يده
فيه وأخذ شيئا لا يقطع خلافا لابى
يوسف كما سيأتى وقيد بقوله فساقه
وأخرجه لانه لو حمل الحمار فخرج
السارق وذهب الى منزله ثم خرج
الحمار بعد ذلك وجاء الى منزله لم يقطع
وكذا ان خرج الحمار قبل خروج
السارق كذا فى المحيط (وان ناول
آخر من خارج أو أدخل يده فى بيت)
ولم يدخل هو بنفسه (وأخذ أو طر)
أى قطع وشق

امكان دخوله نهر وهذا يفيد القطع بالسرقة من خزائن الجامع الازهر لوجود السرقة من الحرز بالمكان الذى هو الخزانة ولوسرقها بجملتها فلا قطع كذاذكره شيخنا ووجهه أن مافى الخزانة محرز بها أما الخزانة نفسها فهى غير محرزة واعلم أن تخصيص المصنف اليد بالذكر فى قوله أو ادخل يده فى بيت الخ جرى على العادة فانه لو أدخل شيئا فى الصندوق بحيث يتعلق به متاع ويخرج ينبغى ان يقطع حموى عن البرجندى ولا يخفى مافيه والمناسب ان يقال تخصيص اليد بالذكر فيما سبق عن النهر من قوله لو أدخل يده فى الجوالق أو الصندوق قطع جرى على العادة الخ ماذكره الحموى (قوله صرة) وهى الخرقة التى تشد فيها الدراهم والمراد ههنا هو الكم المشدود فيه الدراهم يقال صررت الدراهم أصرها اذا شددتها (قوله خلافا لابى يوسف فى صورة ادخال اليد أى فى رواية عنه بقرينة ماسنذكره (قوله فان عنده يقطع فيهما) أى فى طر الصرة وادخال اليد بان دخل الحرز أحدهما وأدخل الخارج يده فتناول منه المتاع (قوله لانه اذا ادخل يده فى الكم الخ) ولو كان مكان الطر حل انعكس الحكم وبهذا ظهر أن ما اطلقوه فى الاصول من أن الطرار يقطع انما يتأتى على قول أبى يوسف فانه قال يقطع على كل حال نهر عن الفتح والحاصل أن سرقة ما على الكم رباعية لان الصرة اما أن تكون بباطن الكم أو ظاهره وعلى كل اما أن تكون السرقة بالطر والحل ففى ثنتين يقطع اتفاقا وهما ما اذا طرها وهى داخل الكم أو حل رباطها الخارج فتناول الدراهم من الداخل وفى ثنتين الخلاف وهما عكس ماذكرنا (قوله وعن أبى يوسف ان كان الخارج الخ) اعلم ان أبا يوسف اختلفت عنه الرواية فروى عنه ان على الداخل القطع على كل حال لان الهتك تم منه فصار المال مخرجا بفعله أو بمعاونته وأما الخارج فان أدخل يده قطع لوجود الاخراج من الحرز وان لم يدخل يده ولكن الداخل أخرج يده وناوله لا يقطع لعدم الهتك والاخراج منه وعنه فى رواية أخرى ان الخارج اذا أدخل يده وأخذ المتاع يقطع لحصول المقصود وهو أشبه بمذهبه كما فى الزيلعى والفرق بين الروايتين يعسر الا أن يقال لا قطع على الداخل على الرواية الثانية اذا لم يخرج يده بالمتاع بان ادخل الخارج يده فتناول المتاع من الداخل (قوله من قطار) بكسر القاف كما فى الطلبة حموى وفى الدر بفتح القاف وهو الابل اذا كانت على نسق واحد والجمع قطر نهر (قوله أوحملا) بكسر الحاء ما يحمل على ظهر أو رأس حموى عن المغرب (قوله لا يقطع) فى جميع الصور المذكورة لعدم الحرز أو لعدم هتكه زيلعى (قوله جوالقا) بضم الجيم قال فى المغرب الجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة الياء تسامح وهو اسم أعجمى معرب لان الجيم والقاف لا يجتمعان فى كلمة واحدة عربية حموى عن ابن الشلبى (قوله وربه يحفظه) هذا قيد فى الجوالق لان الجوالق غير محرز فاعتبر الحافظ وان كان ما فيه محرزا به ففى شقه وأخذ ما فيه يقطع سواء كان معه من يحفظه أم لا للاخذ من الحرز وفى أخذه بتمامه لا قطع الا أن يكون معه من يحفظه وبهذا التقرير تعلم ان المسئلة الاولى وهى قوله وان شق الحمل فاخذ منه متاعا يجب فيها القطع مطلقا وان لم يكن معه من يحفظه لتحقق الاخذ من الحرز بخلاف سرقة الجوالق بجملته اذا لم يكن معه من يحفظه وكانهم انما تركوا التنبيه على ذلك لوضوحه قيد بشق الحمل والاخذ منه بان أدخل يده اذ هو الممكن فى الحمل كالصندوق بخلاف الحانوت ونحوها حيث لا يكتفى بالاخذ باليد بل لا بد من أن يدخله بنفسه لانه لو شقه فتبدد ما فيه فاخذه لا يقطع وان حصل مقصوده لعدم الهتك زيلعى (قوله صندوق) والجمع صناديق مثل عصفور وعصافير وفتح الصاد عامى حموى عن المصباح ونقل عن المفتاح أنه بالفتح ولا يقال بضم أوله انتهى (قوله اوفى جيب غيره) فى المصباح جيب القميص بالفتح على النحر والجمع اجياب وجيوب وجابه قوّر جيبه وجيبه بالتشديد جعل له جيبا انتهى وظاهر ان هذا ليس مرادا فى كلام المصنف فان المراد بالجيب ما يشق بجانب الثوب ليحفظ فيه الدراهم وينظر هل اطلاق الجيب على ما يوضع فيه الدراهم من الثياب عربى أو عرفى حموى والاخذ من العمامة كالاخذ من الجيب شيخنا قلت وينبغى أن يكون الاخذ من الحزام كذلك (تتمة) نقب البيت ثم خرج ولم يأخذ شيئا الا فى الليلة الثانية ان

(صرة) ماخوذ من قولهم دراهم مصرورة أى مشدودة (خارجة من كم أوسرق من قطار بعيرا أوحملا لا) يقطع فى جميع الصور خلافا لابى يوسف فى صورة ادخال اليد وطر الصرة فان عنده يقطع فيهما وانما قيد بقوله خارجة لانه اذا أدخل يده فى الكم وقطعها وأخذها قطع كما يأتى فى آخر هذا الفصل وقوله وان ناول آخر أى ان أعطى رجلا آخر من خارج البيت لا يقطع واحد منهما مطلقا سواء أخرج الداخل يده فناولها الخارج أو أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل وعن أبى يوسف ان كان الخارج أدخل يده حتى ناوله الآخر المتاع فالقطع عليهما وان كان الداخل أخرج يده مع المتاع حتى أخذه منه الخارج يقطع الداخل فقط قوله أوسرق من قطار أى من سرق من قطار جملا أوحملا لا يقطع مطلقا سواء كان معه سائق يسوقه أوقائد يقوده أولا لان مقصود القائد والسائق العود والسوق وقطع المسافة دون الحفظ وانما يجب القطع اذا كان المسروق محفوظا مقصودا حتى لو كان مع الجمال من يتبعها للحفظ يقطع (فان شق الحمل فأخذ منه) متاعا (أوسرق جوالقا فيه متاع) يبلغ النصاب (وربه يحفظه أونائم عليه) أو يقرب منه بحيث يكون حافظا له ويعد حفظا عرفا (أو أدخل يده فى صندوق أوفى جيب غيره أوكمه فأخذ المال قطع) فى الصور المذكورة

كان ظاهرا وعلم به رب المنزل ولم يسده لم يقطع والا قطع ولو سرق ما لا من حرز فدخل آخر وحمل السارق عـامعه قطع المحمول خاصة ولا عبرة للحامل ولو أخرج شـاة من حرز فتبعتها دون نصاب فتبعتها أخرى لم يقطع ولو أخرج نصابا من حرز مرتين فصاعدا ان تخلل بينهما اطلاع المالك فاصلح النقب أو اغلق الباب فالاخراج الثاني سرقة أخرى نهر عن السراج

(فصل في كيفية القطع واثباته) لمـا كان القطع حكم السرقة من الحرز ذكره عقبه لان حكم الشئ يعقبه بحر (قوله وتقطع يمين السارق) لقراءة ابن مسعود فاقطعوا أيمـانهما وهي مشهورة فتقييدا طلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح انه لا اجمال في الآية بحر (قوله من الزند) لانه عليه الصلاة والسلام قطع السارق من الزند وهو حجة على من قال بقطع الاصابع فقط وعلى الخوارج في قولهم تقطع من المنكب عيني والزند بفتح الزاي وسـكون النون مفصل طرف الذراع في الكف وهما زندان الكوع والكرسوع صحاح وقاموس فالكوع طرف الزند الذي يلي الابهام والكرسوع طرف الزند الذي يلي الخنصر واذا كان للسارق كفان في معصم واحد قيل يقطعان وقيل ان تميزت الاصلية وأمكن الاقتصار على قطعهـا لم تقطع الزائدة والا قطعت وهو المختار فان كان يبطش باحداهما قطعت الباطشة فان سرق ثانيا قطعت اليسرى ولا تقطع هذه الزائدة كذا في النهر وقوله قطعت اليسرى أي رجله اليسرى ولو صرح به لكان أولى ولا يقطع في شدة الحر والبرد بل يحبس حتى يتوسط الامر نهر عن السراج زاد في المفتاح ولا في حالة المرض لـكن في البناية لا يحد عند شدة المرض حموي و يشترط لقطعه حضرة المسروق منـه سواء حضر الشهود أم لا بأن غابوا أو ماتوا في قول أبي حنيفة وصاحبيه وكذا هذا في كل حد وحق سوى الرجم ومضى القصاص وان لم يحضروا استحسانا لانه من حقوق الناس شرنبلالية وقوله سوى الرجم مخالف لمـا قدمه في كتاب السرقة من ان استثناء الرجم غلط (قوله وتحسم) لانه لو لم يحسم يؤدي الى التلف كذا في الهداية ومقتضاه وجوب الحسم فتح و يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في السارق اقطعوه ثم احسموه اذ الاصل في الاوامر ان يكون للوجوب حموي والمنقول عن الشافعي ندب الحسم فان لم يفعل لا يأثم عنده و يسن عنده تعليق يده في عنقه لانه عليـه السـلام أمر به وعندنا لا يسن لـكن للامام فعله ان رآه ولم يثبت عنه عليه السلام في كل من قطعه ليكون سنة نهر وغيره وفيه ان المواظبة بدون ترك تفيد الوجوب ومع الترك أحيانا تفيد السنية ثم رأيت بخـط شيخنـا ما به ينحل الاشكال حيث قال المراد لم يثبت صدور الامر لا في الكل ولا في البعض انتهى فالنفي فيـه من قبيل عموم السلب لا من سلب العموم ثم أجر الحسم وثمن الزيت على السـارق لان السبب منه نهر عن الذخيرة بخلاف أجرة المحضر للخصوم ففي بيت المـال وقيل على المتمرد شرح وهبانية قلت وفي قضـاء الخانية هو الصحيح لـكن في قضاء البزازية وقيل على المدعي وهو الاصح در ولو أخر الحسم ليكون الحسم قيدا فيمـا ذكر وفيمـا يأتي لـكان أولى حموي عن البرجندي (قوله الكي) بحديدة محماة لئلا يسيل دمه وهذا أحد قولين حكاهما الحموي عن المفتاح الثاني هو ان تجعل يد السارق بعد القطع في دهن أغلي لينقطع دمه انتهى والحـاصل ان تفسير الشـارح الحسم بالكي لا يتمشى الا على القول الاول لان غمس اليد في الدهن الذي أغلي لا يسمى كيا كما في عبارة بعضهـم معزيا الى المغرب ممـا يوهم ان الـكي هو غمس اليـد في الدهن الذي أغلي فيه نظر ظاهر ولو جعل مرجع الضمير هو الحسم كما هو الواقع في عبارة الشرنبلالية لصح كلامه (قوله من الـكعب) عند أكثر أهل العلم نهر وهو مأثور عن عمر وقال أبو ثور والروافض تقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يفعل كذلك ويدع له عقبا يمشي عليها بحر (قوله و يعزر) أي بالضرب مع الحبس دل على ذلك أي على ان المراد بالتعزير هنا خصوص الضرب مع ان الحبس تعزير أيضـا عطفه عليه ووجـه تعزيره بالضرب والحبس ما نقله الحموي عن البرجندي انه لما سقط القطع لم يبق الا الزجر بالضرب والحبس انتهى واعلم ان عطف التعزير على الحبس يوهم ان الحبس ليس تعزيرا وقد تقدم ان التعزير يكون بالحبس ذكره الحموي أيضـا وأقول

*(فصـل في كيفية القطع واثباته) أي وتقطع يمين السارق من الزند) الرسغ (وتحسم) الحسم بالحاء المهملة والسين المهملة الكي (و) تقطع (رجله اليسرى) من الكعب (ان عاد) الى السرقة ثانيا (فان سرق ثالثا حبس حتى يتوب) و يعزر أيضا (ولم يقطع) شيء منه

مبنى التوهم كون العطف للمغايرة وهو الاصل وأما ان جعل من عطف العام على الخاص فلا واعلم ان ظاهر ما نقله في البحر عن المجتبى يقتضي انه يعزر بالضرب مع الحبس لا بقيد كون الضرب قبل الحبس وهو ظاهر أيضا مما نقله البرجندى عن الخزانة الا ان السيد الحموى بعد ان نقل ما نقله في النهر عن المجتبى قال يعني يعزر بالضرب قبل حبسه في الثالثة والرابعة (قوله وقال الشافعي الخ) لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ولنا اجماع الصحابة حين حجهم علي بقوله انى لاستحى من الله ان لا أدع له يدا يبطش بها ورجلا يمشى بها ولم يحتج أحد منهم بالحديث فدل على عدمه وقال الطحاوى تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشئ منها أصلا ولو صح حمل على السياسة أو النسخ درر وزيلعي ومنه تعلم ما في كلام العيني حيث اقتصر في الاستدلال للامام الشافعي على قوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه ولعله سقط من قلمه بقية الحديث بدليل قوله بعد ان أجاب عن الحديث بأنه لم يثبت ولهذا لم يقتل في الخامسة وان ذكر فيما روى الخ أى وان ذكر القتل في الخامسة في الحديث الذى رواه الشافعي واعلم ان الجواب بحمل الحديث على السياسة أو النسخ استشكل بأن السياسة حكم لم يرد به الشرع فكان الظاهر الاقتصار على النسخ انتهى قلت وقولهم لا دخل للقاضي ولا للمفتى فيها يشير الى ما سبق من ان السياسة حكم لم يرد به الشرع لكن يعكر عليه قولهم انها شرع مغلظ (قوله للامام ان يقتله سياسة) أى ان سرق بعد القطع مرتين لا ابتداء كذا ذكره بعضهم وكلامه في النهر يفيد ان جواز قتله سياسة محمول على ما اذا سرق في الخامسة حيث قال في الجواب عن الحديث السابق وبتقدير ثبوته فهو محمول على السياسة بدليل انه قال في الخامسة فان عاد فاقتلوه ومن ثم قال في الفتاوى السراجية ان للامام قتله سياسة وأما قتله ابتداء فليس من السياسة في شئ الخ فسياق كلامه يفيد ان قتله سياسة قبل الخامسة لا يجوز لكن رأيت بخط الحموى عن السراجية ما نصه اذا سرق ثالثا ورابعا للامام ان يقتله سياسة لسعيه في الارض بالفساد انتهى قال فما يقع من حكام زماننا من قتله أول مرة زاعمين ان ذلك سياسة جور وظلم وجهل والسياسة الشرعية عبارة عن شرع مغلظ (قوله كما لا يقطع الخ) بل يحبس حتى يتوب حموى ووجه عدم قطعه اذا كانت ابهام يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو اصبعان منها سوى الابهام أو رجله اليمنى مقطوعة ان في قطعه تفويت جنس المنفعة وهو البطش والمشى بخلاف ما اذا كانت أصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة أو شلاء لان فوتها لا يمنع القطع في ظاهر الرواية درر لان فوتها لا يوجب خللا في البطش ظاهرا عيني ولو كانت يده اليمنى شلاء أو ناقصة الاصابع تقطع في ظاهر الرواية لان المستحق بالنص قطع اليمنى واستيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز زيلعي (قوله او رجله اليمنى مقطوعة) قيد بقطع الرجل اليمنى لانه لو كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فان كان يستطيع القيام والمشى عليها قطعت يده وان كان لا يستطيع القيام والمشى عليها لم تقطع يده كذا في الغاية فصريح كلامه انه اذا كانت رجله اليمنى مقطوعة يسقط عنه قطع يده اليمنى في السرقة الاولى والحاصل كما ذكره شيخنا انه اذا كان مقطوع الرجل اليمنى يسقط عنه قطع يده اليمنى في السرقة الاولى ويسقط عنه أيضا قطع رجله اليسرى في السرقة الثانية انتهى ومنه تعلم ما في كلام العيني من القصور حيث قال بعد قول المصنف او رجله اليمنى مقطوعة لا نقطع رجله اليسرى ومن ثم قال الشيخ شاهين اى ولا يده اليمنى في السرقة الاولى انتهى ونقل الحموى عن شرح ابن الحلبي ما نصه وقول العيني لا تقطع رجله اليسرى محمول على ما اذا سرق ثانيا والحال ان رجله اليمنى مقطوعة فانه حينئذ لا تقطع رجله اليسرى وهذا الحمل صحيح لكنه بعيد مخالف لما يقتضيه سياق الكلام انتهى وليس خصوص القطع قيدا بل كذلك لو كانت رجله اليمنى شلاء كما في التنوير وفي النهر عن السراج سرق سرقة فلم يؤاخذ بها حتى قطعت يمينه لواحد قصاصا قطعت رجله اليسرى (قوله ولا يضمن الخ) هذا اذا عين الامام بأن قال اقطع يمينه واما اذا اطلق بأن قال اقطع يده ولم يعين لم يضمن

وقال الشافعي تقطع يده اليسرى في المرة الثالثة ورجله اليمنى في المرة الرابعة وفي الفتاوى السراجية للامام ان يقتله سياسة (كمن سرق) أي لا يقطع كما لا يقطع يمين من سرق (وابهامه اليسرى مقطوعة او) ابهام اليسرى (شلاء او اصبعان منها) أي من اليسرى مقطوعتان (سواها) أي سوى الابهام (أو رجله اليمنى مقطوعة) وانما لم يذكر حكم السارق الاشل اليد اليسرى او الاقطع لانه لما ذكر الحكم في الابهام المقطوعة والشلاء علم منه انه لا يقطع فيه بالطريق الاولى وانما قيد بقوله او اصبعان لانه لو كانت اصبع واحدة مقطوعة سوى الابهام تقطع اليمنى (ولا يضمن

القاطع بالاتفاق لعدم المخالفة اذ اليد تطلق عليهما حموى عن شرح ابن الحلبي رحمه الله تعالى وفيه ان تعيين اليمين استفيد من قوله من أمر بخلافه قال في النهر واجمعوا انه لو قال يميني هذا فقطع يساره لم يضمن وان السارق لو أخرج يساره فقال هذا يميني فقطعها لا يضمن انتهى وفيه انه ان كان المشار اليه يمينه بقوله لو قال يميني هذا فالظاهر انه يضمن على قياس مذهب الصاحبين لانه قطع يدا معصومة بغير حق ولا تأويل فكيف يدعي الاتفاق على عدم الضمان وان كان المشار اليه يساره يتكرر بما ذكره بعد من قوله وان السارق لو أخرج يساره الخ ثم رأيت بخط شيخنا ان الصواب في عبارة النهر ابدال قوله لو قال يميني هذا الخ بقوله لو قال يد هذا أي لو قال الامام اقطع يد هذا فقطع يساره الخ ووجه الاتفاق على عدم الضمان ان اليد تطلق على كل منهما فلم يكن مخالفا كما سبق (قوله بقطع اليسرى) قيد به لانه لا شيء عليه بقطع اليمنى مطلقا ولو كان قبل ان يأمره الامام بقطعه ولكن يؤدبه الامام لانه أساء الادب حموى عن البناية (قوله من امر بخلافه) قيد بالامر لانه لو كان قبله وجب القصاص في العمد والدية في الخطأ والقضاء بالقطع كالامر به في الاصح نهر وما في المفتاح من انه لا يضمن غير المأمور بقطع اليسرى اتفاقا وأقره السيد الحموى فيه نظر لان المسئلة مختلف فيها قال في النهر ولو قطعه غير الحداد لا ضمان عليه أيضا وهو الاصح انتهى (قوله وهو اليمين) الاولى تأنيث الضمير لان اليمين مؤنث سماعا (قوله عند أبي حنيفة الخ) غير انه يؤدب نهر (قوله او خطأ) قيل المراد منه الخطأ في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عفوا قال في النهر عن المصفى وهو الصحيح (قوله وقال زفر يضمن في الخطأ أيضا) والقياس ما قاله زفر وفرقا بانه في العمد قطع يدا معصومة بغير حق ولا تأويل غير انه لا يقطع للشبهة ولابي حنيفة انه وان اتلف ظلما لكنه اخلف من جنسه ما هو خير وهو اليمين اذ قدرة البطش بها أتم وانما قلنا اخلف لان اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى فانه وان امتنع به قطع يده لكنه لم يعوضه من جنس ما اتلف نهر وقوله غير انه لا يقطع للشبهة يعني قياس مذهب الصاحبين ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة اذ ليس في الآية تعيين اليمين والمال يجب مع الشبهة ووجه كون القياس مذهب زفر انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العبد غير موضوع زيلعي واختلف المشايخ هل هذا القطع يقع حدا قيل نعم فلا ضمان على السارق ولو استهلك العين وقيل لا فيضمن في العمد والخطأ نهر وكلام الزيلعي يفيد ان الاختلاف في الضمان وعدمه بالنسبة للخطأ واما في العمد فيجب عليه الضمان من غير خلاف (قوله وطلب المسروق منه السرقة الخ) أشار بذكر السرقة الى انه لا يشترط للقطع طلبه أي طلب القطع اذ هو حق الله تعالى فلا يتوقف على طلبه ولهذا لا يملك المسروق منه الخصومة بدعوى الحد واثباته مجردا عن طلب المال ولا يملك العفو بعد الوجوب ولا يورث عنه فالشرط طلب المال وتشترط حضرته عند الاداء والقطع بحر وقوله عند الاداء أي اداء الشهادة در وباشتراط طلب المال المسروق فقط جزم الزيلعي فما يشير اليه كلام الشمني من انه لا بد من الطلبين المال والقطع وان أحدهما لا يكفي عن الآخر خلاف الظاهر نهر اذا علمت هذا ظهر ان ما ذكره السيد الحموى فقال فان قلت القطع في السرقة حق الله تعالى فلا معنى لاشتراط طلب المسروق منه القطع قلت انما شرط احتيالا للدرء كما قالوا في حد القذف انتهى لا يتمشى الا على ما ذكره الشمني من انه لا بد من طلب القطع ايضا واما على ما هو الظاهر فلا (قوله سواء كان الثبوت بالاقرار الخ) يشير الى ان حضور المسروق منه شرط قطعه فلا يقطع في غيبته وان أقر بالسرقة واعلم ان كلام الزيلعي يفيد انه اذا أقر بالسرقة من غائب يقطع ولا ينتظر حضرة الغائب عند أبي يوسف وتعقبه في البحر بان قطعه حال غيبة المسروق منه رواية عن أبي يوسف ومثله في النهر عن الغاية ووجه عدم قطعه حال غيبته احتمال ان يحضر فيقر له بالملك بحر وذكر في الدر ان عدم قطعه حال غيبة المسروق منه مخالف لما جرى عليه صاحب التنوير متنا وشرحا (قوله مودعا) بفتح الدال والقرينة عليه ما سيأتي من قوله وتقطع بطلب المالك لو سرق منهم (قوله او صاحب الربا)

بقطع) اليد (اليسرى من أمر بخلافه) وهو اليمين عند أبي حنيفة مطلقا سواء قطع عمدا أو خطأ وقالا لا شيء عليه ان قطع خطأ وان قطع عمدا ضمن ارش يساره وقال زفر يضمن في الخطأ أيضا ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لم يضمن اتفاقا (وطلب المسروق منه) السرقة بعد حضوره عند الحاكم (شرط القطع) مطلقا سواء كان الثبوت بالاقرار أو الشهادة هذا عندنا وعند الشافعي لا تشترط المطالبة في الاقرار فيقطع وعند ابن أبي ليلى لا يشترط الطلب ويقطع فيهما (ولو كان المسروق منه مودعا أو غاصبا أو صاحب الربا)

المراد به آخذه لانه ملكه بعقد فاسد وأما المعطى فليس له ان يخاصم لانه لا ملك له درعن الشمنى (قوله بان اشترى عشرين بعشرة الخ) الاظهر فى التصوير بان اشترى عشرة بخمسة حموى ووجهه ان أقل نصاب السرقة العشرة ومافى الدر من تصويره بقوله بان باع درهما بدرهمين وقبضهما ففيه نظر لعدم ترتب القطع على خصومته (قوله او مستعيرا) عطف على قول المصنف مودعا حموى (قوله او مضاربا) او مستبضعا بفتح الضاد مستعمل وان كان الصواب كسر الضاد حموى عن البناية (قوله وكل من له يد حافظة) برفع كل على الابتداء وخبره ماسيأتى من قوله يقطع السارق بطلبه شيخنا (قوله كالاب والوصى) ومتولى الوقف كذا فى التبيين ولعناية والبحر والنهر وهل يقطع بطلب الملتقط ذكر فى الدراية لا يقطع بسرقة اللقطة وعزاه الى الخانية مع انه فى الخانية لم يذكر عدم قطعه بسرقة اللقطة وانما ذكره فى البحر على وجه البحث تفريعا على عبارة الخانية ولفظه رجل التقط لقطة فضاعت منه فوجدها فى يد غيره فلا خصومة بينه وبين ذلك الرجل بخلاف الوديعة فان له ان يأخذها من الثانى لان لقطة الثانى كالاول فى ولاية أخذ اللقطة وليس الثانى كالاول فى ولاية اثبات اليد على الوديعة انتهى قال فى البحر بعد نقله لعبارة الخانية فينبغى ان لا يقطع بطلب الملتقط انتهى وأقول فيه نظر لان كلام الخانية مفروض فيما اذا ضاعت منه اللقطة فوجدها عند غيره فمن أين يؤخذ من هذه العبارة عدم قطع السارق للقطة أما عدم القطع على الواجد لها بعد ان ضاعت من الملتقط الاول فلعدم وجود السرقة وماذكره فى الخانية من انه لا خصومة بينهما فيما اذا ضاعت منه اللقطة فوجدها عند غيره لا يستلزم عدم الخصومة أيضا اذا سرقت منه (قوله بطلب المالك) أطلقه فعم ما لو حضر المسروق منه وهو المودع ونحوه كالغاصب ام لم يحضر وهذا هو الظاهر خلافا لما روى عن محمد من انه لا يقطع بخصومة المالك حال غيبة المسروق منه لانه لم يسرق منه فكان أجنبيا واعلم ان ظاهر قول المصنف ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم يفيد انه يقطع بطلب معطى الربا لو سرق ممن أخذ الربا وليس كذلك كما قدمناه عن الدر معزيا للشمنى وكذا ماذكره الزيلعى والعينى فى بيان مرجع الضمير من قول المصنف لو سرق منهم حيث قالا أى من المودع والغاصب وصاحب الربا يقتضى ذلك أيضا والعجب من صاحب البحر حيث بين مرجع الضمير فى قوله لو سرق منهم بقوله أى من الثلاثة وأقره مع انه نقل ما قدمناه عن الشمنى ثم رأيته فى النهر ذكر ما نصه واعلم ان ظاهر كلامه يفيد انه يقطع بخصومة معطى الربا دون صاحب الربا لان المال فى يده بمنزلة المغصوب قال فى الفتح وللمغصوب منه الخصومة الا ان المسطور فى السراج انه لا يقطع بخصومة معطى الربا لانه لا ملك له فيه ولا يد وتبعه الشمنى (قوله لو سرق منهم) قال فى المفتاح والتعبير بضمير الجماعة مع او تقتضى احد الشيئين جائز قال الله تعالى ان يكن غنيا او فقيرا فالله اولى بهما وتعقبه الحموى بان الافصح بعد العطف بأو الافراد لا مطلق الجواز والذى ظهر لى ان النكتة فى عدوله عما هو الافصح الى غيره انه لو أفرد الضمير على ما هو الافصح لاوهم رجوع الضمير الى المالك وليس مرادا وأقول ماذكره من ان الافراد افصح لا ينكره صاحب المفتاح بل فى كلامه ما يشعر به وهو قوله ان أو تقتضى احد الشيئين (قوله الا ان الراهن انما يقطع الخ) كان على الشارح كغيره ان يستثنى من عموم قول المصنف ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم معطى الربا كاستثناء الراهن (قوله حال قيام الرهن بعد قضاء الدين) قيد به لانه لا يقطع بطلبه بعد هلاكه قبل قضاء الدين لصيرورة المرتهن مستوفيا لدينه فلا مطالبة للراهن زيلعى وكذا قبل قضاء الدين حال قيام الرهن للتعليل الذى ذكره الشارح (قوله اذ لا حق له فى المطالبة بالعين بدونه) أى بدون قضاء الدين قلت بعد قضاء الدين لم يبق رهنا الا باعتبار ما كان والا فهو وديعة قال الزيلعى وينبغى ان يقطع بخصومة الراهن بعد الهلاك اذا كانت قيمة الرهن اكثر من الدين وكان الفضل يبلغ نصابا لان له ان يطالب السارق بعد الهلاك بالفضل كالوديعة حموى وماذكره الزيلعى بحثا ارتضاه فى فتح القدير وهو مذكور أيضا فى الغاية نهر (قوله لا بطلب المالك) لو سرق من سارق بعد القطع صورته قطع سارق بسرقة فسرق

بان اشترى عشرين بعشرة دراهم وقبضها ثم سرقت أو مستعيرا أو مستأجرا أو مضاربا أو قابضا على سوم الشراء أو مرتهنا وكل من له يد حافظة سوى المالك كالاب والوصى يقطع السارق بطلبه وعند زفر والشافعى لا يقطع بخصومة هؤلاء مالم يحضر المالك (ويقطع) يد السارق (بطلب المالك) السرقة أيضا (لو سرق منهم) الا ان الراهن انما يقطع بخصومة حال قيام الرهن بعد قضاء الدين اذ لا حق له فى المطالبة بالعين بدونه (لا بطلب المالك) أى لا تقطع يد السارق الثانى بطلب المالك (او بطلب السارق لو سرق من سارق بعد القطع) أى بعد قطع يد السارق الاول وانما قيد بقوله بعد القطع

منه بعد القطع لم يكن للسارق ولا للمالك ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم بعد القطع في حق الاول فلم تنعقد موجبة للقطع وليس للسارق الاول ولاية الاسترداد في رواية وفي رواية له ذلك ليرده على المالك عيني قال في الفتح والوجه ان القاضي لا يرده لواحد منهما لظهور خيانتهما بل الى المالك اذا كان حاضرا والاحفظه كما يحفظ أموال الغيب (قوله لانه لولم تقطع يد الاول بقطع الثاني الى آخره) فيه قصور وعبارة العيني رحمه الله تعالى اذا سرق منه قبل ان تقطع يده يكون له ولرب المال القطع (قوله قبل الخصومة) قيد بالرد قبل الخصومة لانه لورده بعدها سواء قضى القاضي بالقطع أولا فانه يقطع نهر (قوله وقبل الارتفاع الى الحاكم) لا حاجة اليه لان الخصومة لا تكون بدون الارتفاع حموى وأقول ذكره الشارح بيانا للمعنى المراد من الخصومة واشارة الى ان ما لم يكن منها بين يدي القاضي لا يعتبر على ان المراد ما هو أخص من مطلق المرافعة الا ترى الى ما ذكره في النهر حيث فسر الخصومة بقوله أي الدعوى والشهادة المترتبة عليها أو الاقرار انتهى يعني المترتب على الدعوى أحد الامرين اما الشهادة أو الاقرار (قوله أو ملكه بعد القضاء) لانقطاع الخصومة به وبقاؤها عند الاستيفاء شرط القطع بخلاف رده الى المالك فانه يؤكد الخصومة اذ لا يخاصم أحد ليملك وانما يخاصم ليسترد زيلعي (قوله بهبة او بتسليم) كذا قالوا ولقائل ان يقول لا يشترط القبض لان الهبة تقطع الخصومة لانه ما كان يهب ليخاصم حموي عن الشرنبلالية (قوله أو ادّعى انه ملكه) وان لم يثبت لان الشبهة دارئة للحد فتتحقق بمجرد الدعوى بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار نهر ولا يشترط ان يكون مثله ممن يملك ذلك كما لو سرق ما يختص بالملوك ونحوهم وادّعى الملك وهو محل تأمل حموي (قوله او نقصت قيمته عن النصاب) فرق بين نقصان القيمة من حيث السعر فانه يوجب سقوط القطع لكونه غير مضمون على السارق بخلاف نقصان العين كما اذا ذبحها بعد الاخراج من الحرز وقيمتها عشرة فنقصت بالذبح فانه يقطع لكونه مضمونا عليه فكمل النصاب بالضمان شيخنا (قوله وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى) ما لم يقم بينة لانه لا يعجز عنه سارق ولنا ان الشبهة دارئة ولا معتبر بما قاله فان المقر اذا رجع صح وان كان لا يعجز عنه سارق زيلعي (قوله ثم قال أحدهما هو مالي) مثال والمراد ادّعى شبهة مسقطة للحد نهر (قوله لم يقطعا) لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر نهر واعلم ان رجوعه وان صح بالنسبة لسقوط القطع عنه لكن لا ينافي لزوم ضمان المال قال في التنوير وشرحه وصح رجوعه عن اقراره بها وان ضمن المال وكذا لو رجع أحدهم أو قال هو مالي أو شهدا على اقراره بها وهو يجحد او سكت فلا قطع شرح وهبانية انتهى فقوله أو شهدا على اقراره بها وهو يجحد الخ صريح في ان البينة على الاقرار بالسرقة تقبل من حيث ضمان المال وان لم تقبل بالنسبة للقطع فما وقع في بعض العبارات كقاضيخان من ان البينة على الاقرار بالسرقة لا تقبل يعني من حيث القطع فقط (قوله قبل الامضاء) أي قبل استيفاء القطع ينظر حكم ما لو قطع أحدهما فقال الآخر هو مالي وظاهر تعليل المسئلة بأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر انه لا يقطع حموي (قوله قطع الآخر الحاضر) في قول أبي حنيفة الآخر لان سرقة الحاضر ثبتت بالحجة فلا يعتبر الموهوم لانه لو حضر وادّعى كان شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا يعتبر زيلعي ثم لو حضر الغائب لا يقطع الا ان تعاد تلك البينة عليه أو يثبت بينة أخرى وكذا لو أقر الحاضر بسرقة مع الغائب يقطع في قوله الآخر شرنبلالية عن الفتح واعلم ان ما سبق من التعليل يرد عليه ما سبق من انه لا يقطع عند غيبة المسروق منه يعني ولو كانت الغيبة بعد سبق الخصومة وعللوه باحتمال ان يحضر فيقر له بالملك مع ان احتمال اقراره له بالملك فرع احتمال حضوره (قوله ولو أقر عبد بسرقة قطع) لان اقراره بالحدود الخالصة صحيح نظرا الى آدميته ولا تهمة تعتريه ثم يتعدى الى المالية نهر وهذا اذا كان كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع عليه ثم ان كان مأذونا يرد المال الى المالك ان كان قائما ويضمنه ان كان هالكا وان كان محجورا فان صدقه المولى

لانه لو لم تقطع يد الاول بقطع الثاني (ومن سرق شيئا ورده) السارق (قبل الخصومة) الاول بخصومة وقبل الارتفاع الى الحاكم (الى مالكه) أو ولده أو ذي رحم محرم ان كانا في عياله أو والده أو جده أو والدته أو جدته أو مكاتبه وان لم يكونوا في عياله (أو ملكه) أي ملك السارق المسروق (بعد القضاء) بالقطع بهبة أو بتسليم أو بشراء (أو ادّعى انه ملكه أو نقصت قيمته من النصاب) بعد القضاء قبل الاستيفاء (لم يقطع) في المسائل المذكورة كلها وعن أبي يوسف انه يقطع في المسئلة الاولى والثانية وهو قول زفر والشافعي يقطع في الثانية وقال زفر والشافعي ومحمد في الرابعة أيضا وهو رواية عن محمد رحمه الله قوله أو ادّعى أي اذا ادّعى السارق ان العين المسروقة ملكه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة لم يقطع مطلقا سواء أثبت بالبينة أم لا وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى (ولو أقر بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) مطلقا سواء ادّعى قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء (ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد) شاهدان (على سرقتهما قطع) الآخر (الحاضر في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما ولو قال سرقت انا وفلان كذا وفلان ينكر يقطع المقر خلافا لابي يوسف (ولو أقر عبد بسرقة قطع

يرد الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا فلا ضمان عليه ولا بعد العتق شرنبلالية عن ابن الضياء ومثله فى البحر عن الفتح فما فى النهر من انه اذا كان مأذونا لا ضمان عليه لو هلك سبق قلم والصواب الموافق لما فى الشرنبلالية والبحر انه يضمن واذا علم الحكم فى اقرار الكبير كان فى الثبوت بالبينة معلوما بالاولى غير انه يشترط حضرة المولى عند اقامة البينة عندهما خلافا للثانى وأجمعوا على ان حضرته غير شرط فى الاقرار نهر (قوله مطلقا) مأذونا أولا صدقه مولاه أو كذبه (قوله وترد السرقة الى المسروق منه) أشار بالرد الى بقائها فلو استهلكها لم يضمن و يقطع اتفاقا نهر (قوله قال أبو حنيفة تقطع يده والمال للمسروق منه) لان المال تابع للقطع (قوله وقال أبو يوسف والشافعى تقطع يده والمال للمولى) لان كلا من القاطع والمال أصل (قوله وقال محمد لا يقطع والمال للمولى) لان المال هو الاصل والقطع تبع وعن هذا قال فى النهر وهذا الخلاف مبنى على ان القطع أصل والمال تبع او كل منهما أصل أو المال فقط قال الامام بالاول والثانى بالثانى ومحمد بالثالث والكل روايات عن الامام (قوله ولا يصح اقراره فى حق القطع) لان اقراره بالقطع يتضرر به المولى فلا يقبل اقراره عليه قلنا صحة اقراره من حيث انه آدمى ثم يتعدى الى المالية فى ضمنه فيصح لانه لا تهمة فيه (قوله ولا يجتمع قطع وضمان) كالحد مع العقر زيلعى لقوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه وهذا لفظ الحديث درر وغيرها ورواه الكمال بعد قطع يمينه درر وجه عدم اجتماعهما ان وجوب الضمان ينافى القطع لانه يتملكه بأداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فيتبين انه ورد على ملكه فينتفى القطع وما يؤدى الى انتفاء القطع المشروع فهو المنتفى لان انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم قال فى المبسوط سقوط الضمان مع القطع فى الحكم فاما فيما بينه و بين الله تعالى فيفتى بالضمان فيما روى عن محمد حموى بقى ان يقال يشكل على قولهم لا يجتمع قطع وضمان ماذكره القهستانى معزيا للمضمرات حيث صرح بأن لا قطع بالسرقة من حمام سواء كان له حافظ أولا قال وهذا اذا أخذ منه نهارا وأما اذا أخذه ليلا قطع وضمن الحمامى ان أمر بالحفظ اه بتصرف فقد جمع بين القطع والضمان ولهذا استشكل المسئلة بعض الافاضل بقوله ان كلمتهم متفقة على ان لا يجتمع قطع وضمان وتخصيص هذا واستثناؤه بأن المقطوع غير الضامن وكلامهم فيما اذا اتحد يحتاج الى نقل صريح ولم يصل اليه نظرى فيما عندى من الكتب اه قلت وأيضا فى قوله وأما اذا أخذه ليلا قطع اشكال اذ لا قطع الا بالاخذ من الحرز بأن لم يؤذن للناس بالدخول وقوله وضمن الحمامى ان أمر بالحفظ مشعر بوجود الاذن بالدخول فينبغى ان لا يقطع أيضا كما لو أخذ نهارا اذ المراد بالنهار وقت اذن للناس بالدخول فيه ثم ظهر لى ان قوله وضمن الحمامى الخ يرتبط بالمسئلة الاولى وهى ما لو أخذ نهارا فلا اشكال أصلا (قوله وترد العين لو قائما) وان باعها أو وهبها لبقائها على ملك مالكها درر ولهذا لا يحل له الانتفاع بها نهر (قوله سواء هلك) أو استهلك فى الظاهر من الرواية لكنه يفتى بأداء قيمتها ديانة وسواء كان الاستهلاك قبل القطع أو بعده تنوير وشرحه وقوله فى الظاهر من الرواية يعنى رواية أبى يوسف عن الامام زيلعى قال وهو المشهور (قوله وسواء ذا مال أولا) يأتى ما يقابل هذا التعميم من تفصيل الامام مالك (قوله وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة انه يجب الضمان بالاستهلاك) اعلم ان اختلاف الروايتين فى ان الاستهلاك هل يوجب الضمان أولا انما هو فى استهلاك السارق اما غيره بأن استهلك المسروق غير السارق ففيه تفصيل على ماذكره فى المجتبى ومحصله انه ان كان أجنبيا فلا ضمان عليه لاحد وان كان مشتريا من السارق فللمالك تضمينه فيحتاج الى الفرق بين الاجنبى والمشترى وفى السراج لو استهلكه غيره بعد القطع كان للمسروق منه ان يضمن المستهلك قيمته انتهى قال فى النهر وهذا بالقواعد أليق وعليه فلا يحتاج الى الفرق وأقول ما فى السراج ليس نصا فى مخالفة المجتبى اذ مبنى المخالفة كون الغير فى كلامه متناولا للاجنبى والمشترى وهذا وان كان هو الظاهر لكن يحتمل ان يراد به خصوص المشترى وعليه فلا يخالف ما فى المجتبى حينئذ (قوله فان قال المالك أنا أضمنه لم يقطع عندنا) فانه يتضمن رجوعه عن دعوى

مطلقا (وترد السرقة الى المسروق
منه) والمسئلة على وجوه لانه لا تخلو
اما ان يكون مأذونا أو محجورا والمال
قائم فى يده أو هالك فان كان مأذونا
يصح اقراره فى حق القطع والمال
فتقطع يده ويرد المال على المسروق
منه ان كان قائما وان كان هالكا
لا ضمان عليه صدقه مولاه او كذبه
وان كان محجورا والمال هالك يقطع
ولا يضمن كذبه مولاه أو صدقه وان
كان قائما وصدقه مولاه يقطع عندهم
ويرد المال على المسروق منه وان
كذبه وقال المولى المال مالى قال أبو
حنيفة تقطع يده والمال للمسروق منه
وقال ابو يوسف والشافعى تقطع يده
والمال للمولى وقال محمد لا تقطع والمال
للمولى وقال زفر يصح اقراره بالمال
ان كان مأذونا وان كان محجورا لا يصح
اقراره بالمال ولا يصح اقراره فى حق
القطع مأذونا كان أو محجورا (ولا
يجتمع قطع وضمان و) لكن (ترد
العين لو) كان (قائما) أى لا يجتمعان
مطلقا سواء هلك أو استهلك وسواء
ذا مال أولا وفى رواية الحسن عن
أبى حنيفة انه يجب الضمان
بالاستهلاك هذا اذا كان بعد القطع
فان كان قبل القطع فان قال المالك
أنا أضمنه لم يقطع عندنا وان قال أنا
اختار القطع يقطع ولا يضمن عندنا

السرقة الى دعوى المال شرنبلالية عن الفتح (قوله وقال مالك ان كان السارق ذا مال يضمن فى الحال والا لا) نظرا للجانبين قلنا المضمون لا يختلف بين ان يكون موسرا أو معسرا وانما يؤثر الاعسار فى التأخير لا غير زيلعى وهو ظاهر فى عدم وجوب الضمان على المعسر أصلا عند الامام مالك لا حالا ولا مآلا وهو خلاف ما يظهر من تقييد الشارح بقوله فى الحال (قوله وعند الشافعى يجتمع مع الضمان) لانهما حقان اختلفا محلا وسببا لان محل القطع اليد ومستحقه هو الله تعالى وسببه الجناية على حق الله تعالى وهو ترك الانتهاء عما نهى عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه اثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدية مع الكفارة فى القتل خطأ وكالقيمة مع الجزاء فى قتل صيد مملوك فى الحرم وكايجاب القيمة مع الحد فى شرب خمر لذمى ولنا ما روى عن عبد الرحمن بن عوف انه عليه السلام قال لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه ولا نسلم ان هنا سببين بل هو سبب واحد وهو سرقة مال متقوم فلا يجب حقان مختلفان بسبب واحد كالقصاص مع الدية بخلاف ما استشهد به لان هناك سببين مختلفين لان ما يجب من الجزاء حقا لله لا تعلق له بكون المحل معصوما مملوكا الا ترى انه لو قتل صيدا غير مملوك أو صيد نفسه أو شرب خمر نفسه أو قتل عبد نفسه تجب هذه الاجزية حقا لله تعالى وحق العبد فيه تعلق بالمحل بدلا عنه فتعدد الموجب لتعدد السبب فافترقا زيلعى واعلم انهم تكلموا فى الحديث من حيث اسناده لانه رواه المسور عن عبد الرحمن بن عوف والمسور لم يلقه قال العينى وهذا ان ثبت فهو صفة الارسال الخ يعنى والمرسل حجة والمسور كما ذكره الشيخ شاهين عن تهذيب الاسماء واللغات للنووى هو ابن مخرمة الطائى وهو بكسر الميم واسكان السين وفتح الواو وهو ابن عبد الرحمن القرشى وأمه عاتكة بنت عوف أخت عبد الرحمن بن عوف الخ (قوله بأن سرق من أشخاص) أو من شخص واحد مرات حموى (قوله والقطع للكل) علم القاضى أم لا نهر أى علم بتعدد السرقة منه ام لا لان مبنى الحدود على التداخل (قوله فى الدار الخ) فلو كان الشق بعد الاخراج قطع اتفاقا نهر يعنى وان لم تكن قيمته بعد الشق نصابا (قوله قطع) لان الشق سبب ضمان النقصان لا الملك للمسروق زيلعى (قول خلافا لابى يوسف) أى فى رواية عنه بحر لكن فى العينى وقال أبو يوسف لا يقطع لانه احدث فيه سبب الملك فصار شبهة انتهى (قوله اذا اختار تضمين النقصان الخ) وهذا الخيار يثبت ما لم يكن اتلافا واذا كان اتلافا فله تضمين جميع القيمة من غير خيار ويملك السارق الثوب ولا يقطع وحد الاتلاف ان ينقص أكثر من نصف القيمة عينى فلو قال المصنف قطع ما لم يكن اتلافا لكان أولى بحر والحاصل ان التصحيح اختلف فى ضمان النقصان مع القطع ففى الفوائد الخبازية صحح عدم ضمان النقصان كيلا يجتمع القطع مع الضمان والكمال صحح الضمان تبعا لقاضيخان وغيره وهو الحق شرنبلالية (قوله لا يقطع اتفاقا) لان ملكه مستند الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة زيلعى (قوله فاحشا) تكلموا فى الفرق بين الفاحش واليسير فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وما دونه يسير وقيل ما لا يصلح الباقى لثوب فهو فاحش واليسير ما يصلح وقيل ما ينتقص به نصف القيمة فاحش ودونه يسير وما فوقه استهلاك والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة بل يتعيب به فقط عينى فان قلت فى تمييز الفاحش عن الاتلاف اشكال لانه يلتبس به على القول الاول وهو ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا اذ قوله فصاعدا يصدق بما لو انتقص به أكثر من نصف القيمة مع انه الاتلاف كما سبق قلت قيده فى الشرنبلالية بقوله ولا بد وان يكون معنى فصاعدا ما لم ينته الى ما به يصير اتلافا (قوله فذبحها الخ) لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه عينى ومعلوم انه يضمن قيمتها نهر (قوله ثم ذبحها يقطع الخ) وهذا النقصان نقصان عين بخلاف النقصان السابق بعد القضاء قبل الاستيفاء فانه نقصان سعر ولهذا أوجب سقوط القطع هناك لكون نقصان السعر غير مضمون على السارق اما هنا فلا يوجب سقوط القطع لكونه مضمونا

عليه

وقال مالك ان كان السارق ذا مال يضمن فى الحال والا لا وعند الشافعى يجتمع مع الضمان (ولو قطع ببعض السرقات) بأن سرق من أشخاص أموالا فخاصمه واحد منهم وقطع فيه وجاء آخرون واثبتت السرقة (لا يضمن شيئا) مطلقا سواء هلكت أو استهلكت (والقطع للكل) هذا عند أبى حنيفة وعندهما يضمن كلها الا التى قطع فيها وانما قيد بقوله لبعض لانهم اذا حضروا وادعوا وقطعت يده بحضورهم لا يضمن شيئا بالاتفاق فى السرقات كلها (ولو شق ما سرق فى الدار) نصفين (ثم أخرجه) منها وهو يساوى عشرة دراهم بعد الشق (قطع) خلافا لابى يوسف وانما قيدنا بقولنا وهو يساوى عشرة دراهم بعد الشق لانه ان كان لا يساوى عشرة دراهم بعده لا يقطع اتفاقا واعلم ان هذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع اتفاقا وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا يقطع اتفاقا (ولو سرق شاة فذبحها فى الحرز (فأخرجها لا) يقطع وان كانت قيمتها اضعاف عشرة وانما قيد بقوله فذبحها لانه لو أخرجها حية من الحرز وقيمتها عشرة ثم ذبحها يقطع

عليه شيخنا (قوله وان انتقصت قيمتها بالذبح) لان النصاب يكمل بالأثمان كذا بخط شيخنا (قوله هذا عند أبي حنيفة الخ) والخلاف مبني على انه لا ينقطع حق المغصوب منه بذلك عنده خلافا لهما وقيد بالنقدين لان نحو النحاس لو جعله أواني فان كانت تباع عددا فهي للسارق اتفاقا وان وزنا فعلى الخلاف السابق (قوله وقالا لا سبيل للمسروق منه الخ) بناء على انه صنعة متقومة والحاصل ان وجوب الحد لا يشكل على قول الامام لانه لا يملكه واختلف على قولهما فقيل لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه شرنبلالية (قوله فقطع) قيد بكون الصبغ قبل القطع بدليل فاء التعقيب لانه لو صبغه بعد القطع برده لان الشركة بعد القطع لا تسقط القطع كذا في شرح المختار وذكر في الهداية ما يدل على انه لا فرق في كون الصبغ قبل القطع او بعده ولفظ محمد يدل على ما في الهداية زيلعي وبحر وطحن الحنطة ولت السويق كصبغ الثوب در (قوله لا يرد الثوب المصبوغ) حال قيامه ولا يضمن قيمته ابيض حال استهلاكه (قوله وعند محمد يؤخذ الخ) لان عين ماله قائم من كل وجه وهو أصل والصبغ تبع فكان اعتبار الاصل اولى كما في الغاصب ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى بدليل ان المسروق منه لو أخذ الثوب يضمن الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى بدليل انه غير مضمون على السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم من وجه فرجحنا جانب الاصل دون التبع فان قيل اذا انقطع حق المالك وجب ان يملكه السارق من حين سرق فيمتنع القطع قلنا يجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه ابيض بوجه فصار كما لو سرق حنطة فطحنها فانه يقطع بالحنطة وان ملك الدقيق زيلعي (قوله يرد الى المالك) عندهما خلافا لابي يوسف اما وجه الرد عند أبي حنيفة فلان السواد نقصان وبالنقصان لا ينقطع حق المالك بخلاف الزيادة وعند محمد زيادة وبالزيادة لا ينقطع حق المالك عنده فيرد الثوب ويأخذ ما زاد الصبغ واما وجه عدم الرد عند أبي يوسف فلان السواد زيادة وبالزيادة ينقطع حق المالك عنده وهذا اختلاف عصر فان الناس ما كانوا يلبسون السواد في زمن الامام حموي (قوله ولا يعطي شيأ) لكونه نقصا نا عنده (قوله وعند محمد يأخذه ويعطيه الخ) لكونه زيادة عنده (قوله ما زاد الصبغ فيه) ما مصدرية أي زيادة صبغه (فرع) قال أنا سارق هذا الثوب بالاضافة يقطع وبدونها بان نون لفظ سارق لا يقطع ووجه الفرق كما في النهر عن الفتح ان الاول للحال والثاني للاستقبال وتعقبه بقوله والظاهر ان يقال انه مع التنوين يحتمل الحال والاستقبال فلا يقطع بالشك لكن بقي ان هذا الاحتمال ثابت مع الاضافة فكان ينبغي ان لا يقطع أيضا فتدبره والجواب كما نقله شيخنا عن نوح افندي من ان اسم الفاعل اذا كان بمعنى الحال أو الاستقبال يعمل عمل فعله واذا كان بمعنى الماضي لا يعمل بل يجب اضافته الى مفعوله اضافة معنوية فاذا قال أنا سارق هذا الثوب بالاضافة كان اسم الفاعل بمعنى الماضي فكانه قال أنا سرقت هذا الثوب فهو اقرار بالسرقة فيقطع واذا قال أنا سارق هذا الثوب بالتنوين كان اسم الفاعل بمعنى الحال او الاستقبال فكانه قال أنا أسرق أو سوف أسرق هذا الثوب وهو عدة فلا يقطع (خاتمة) سرق في ولاية سلطان ليس لسلطان آخر قطعه اذ لا ولاية له على من ليس تحت يده در انتهى

(باب قطع الطريق)

وهو السرقة الكبرى وقدم الصغرى اما لكثرة وقوعها أو للترقي من الادنى الى الاعلى وفي الفتح أخره لانه ليس بسرقة مطلقة وسميت سرقة مجاز الضرب من الاختفاء وهو الاختفاء عن الامام ونوابه نهر وسميت كبرى لان الضرر فيها أعظم ولهذا غلظ الحد فيها شرنبلالية (قوله أي قطع المارة عن الطريق) فهو من باب الحذف والايصال قال الحموي واشار بهذا التفسير الى ان في الترجمة تجوز الاسناد لما للحال

وان انتقصت قيمتها بالذبح (ولو صنع) بان سرق ذهبا أو فضة (المسروق) دراهم أو دنانير قطع وردها) فصنع (دراهم) على المسروق منه هذا عند أبي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه على الدراهم والدنانير وقيل عندهما أجر (لا يقطع) (ولو) سرق ثوبا و(صبغه فقطع) يده (لا يرد) الثوب المصبوغ الى المالك (ولا يضمن) قيمته أبيض هذا عندهما وعند محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه (ولو صبغه) (اسود يرد) الى المالك عندهما خلافا لابي يوسف لكن الفرق بينهما ان عند أبي حنيفة المسروق منه يأخذ الثوب ولا يعطي شيئا وعند محمد يأخذ ويعطيه ما زاد الصبغ فيه * (باب قطع الطريق) * أي قطع المارة عن الطريق

الى المحل والمارة جمع مار وجمع فاعل على فاعلة عزيز (قوله وشرطه ان تكون الجماعة الى آخره) اقتصر الشارح رحمه الله تعالى على ذكر هذا الشرط لان الفتوى على ما روي عن أبي يوسف من عدم اعتبار غيره من باقي الشروط المختصة به وهي ثلاثة في ظاهر الرواية الاول ماذكره الشارح والثاني ان لا يكون في مصر ولا فيما بين القرى ولا بين مصرين والثالث ان يكون بينهم و بين المصر مسيرة سفر واما اشتراط النصاب والكون في دار الاسلام فلا اختصاص به فسقط قول السيد الحموي ولا ادري ما السر في تخصيصه أي تخصيص الشارح الشرط الاول بالذكر دون باقي الشروط انتهى بقي ان قوله وشرطه ان تكون الجماعة الخ يشعر بان قطع الطريق لا يتحقق من الواحد وليس كذلك ويشترط لاجراء الحد على قطاع الطريق ان يكونوا أجانب من أصحاب الاموال وان يكونوا من أهل وجوب القطع وان يؤخذوا قبل التوبة فان اخذوا بعدها وبعد رد المال سقط عنهم الحد بلا خلاف نهر عن الدراية (قوله ذات منعة) بحيث لا يمكن المارة المقاومة معهم حموي عن البناية (قوله قاصد قطع الطريق) قيده في الشرنبلالية والتنوير بان يكون معصوما بان يكون مسلما أو ذميا ومفاده انه لو قطع الطريق مستأمن لا يحد وبه صرح في شرح النقاية معللا بانه لا يخاطب بالشرائع وحكى في المحيط اختلاف المشايخ في وجوب الحد على القطاع اذا كانوا مستأمنين حموي ودرر وظاهر اطلاقه ان المرأة كالرجل وكذا ما سيأتي من قوله أو كان بعض القطاع غير مكلف فيوافق ما في النهر عن الفتح من انها كالرجل في ظاهر الرواية لكن نقل عن الدراية انها لا تقطع وهو الاصح وفي الدر عن السراجية والدرر انه المختار وظاهر كلامهم يفيد انه لا تصلب بالاتفاق ودخل تحت الاطلاق العبد وبه صرح في الشرنبلالية (قوله أي قبل قطع الطريق) يشير الى ان مرجع الضمير مذكور خلافا لما ذكر الزيلعي من ان الضمير يرجع لاخذ المال وقتل النفس بان لم يوجد منه الا مجرد اخافة الطريق حتى أخذ فالضمير راجع الى غير مذكور وتعقبه العيني بان هذا تعسف بل الضمير راجع الى قطع الطريق لكن انتصر في النهر للزيلعي فقال وما ذكره العيني مدفوع بان الاخافة حال من احوال قطاع الطريق كما هو ظاهر الآية والمتن وعلى ما ادعاه العيني لا تكون الاخافة منه أصلا ولم يتنبه في البحر الى هذا فمشى مع العيني وعين الزيلعي ابصر انتهى وجعل الحموي الضمير راجعا الى قطع الطريق بأخذ المال وقتل النفس بان وجد منه قطعها بالاخافة بقرينة قوله وان أخذ مالا الخ وبهذا التحقيق سقط ما ادعاه الزيلعي من ان الضمير راجع الى غير مذكور وما ادعاه العيني من ان الضمير راجع الى قطع الطريق مطلقا انتهى والذي يظهر ان ما ذكره العيني يستقيم ولا يرد عليه ان قطع الطريق يتحقق بمجرد الاخافة لانه لما لم تكن الاخافة مقصودة وانما المقصود قتل النفس وأخذ المال صح جعل الضمير راجعا لقطع الطريق نظرا الى ما هو المقصود من القطع وفي كلام المصنف ما يشير الى ذلك حيث قال أخذ قاصد قطع الطريق اذ مجرد الاخافة ليست من مقصوده والحاصل ان العيني لا ينازع في ان قطع الطريق يتحقق بمجرد الاخافة خلافا لما وقع في كلام بعضهم من نسبة ذلك اليه وكيف يتوهم ذلك مع ما صرح به العيني بعد قول المصنف والمجرة كالسيف حيث صرح بان قطع الطريق يحصل بمجرد الاخافة (قوله حبس بعدما عزر) صريح في ان الحبس ليس بتعزير وقد تقدم انه تعزير حموي والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد توزيع انواع الاجزية على انواع الجنايات اذ العمل بالاطلاق يقتضي انه يجوز ان يترتب على اغلظها اخف الاجزية كما ذهب اليه الامام مالك فقال الامام مخير أي شيء شاء من هذه الاجزية فعل بكل واحدة من الجنايات بناء على ان او في الآية للتخيير كما في كفارة اليمين وهذا مما تدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الاغلظ للاغلظ والاخف للاخف اذ ليس من الحكمة ان يسوى في العقوبة مع التفاوت في الجناية كيف وقد روي حين قطع اصحاب أبي بردة الطريق على من جاء يريد الاسلام ان جبريل نزل بالحد على هذا التقسيم من قتل واخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن أخاف الطريق

وشرطه ان تكون الجماعة ذات منعة ولو (أخذ قاصد قطع الطريق قبله) أي قبل قطع الطريق (حبس) بعد ما عزر

ولم

ولم يأخذ المال نفي نوح افندي والمراد بالنفي الحبس كما ذكره الشارح وقال الشافعي المراد الطلب ليهربوا من كل موضع قال الزيلعي وهذا ليس بسديد لان دفع اذاه لا يحصل بذلك لانه يفسد في موضع آخر وان اخرج بالتمنع من دار الاسلام كما هو مقتضى مذهب الامام احمد أيضا على ماذكره العيني فقال وعند احمد يشرد ولا يترك في بلد ياوي اليه ففيه تعريضه على الردة ولم يعهد ذلك في الشرع فتعين الحبس لانا عهدناه عقوبة في الشرع وفيه نفيه عن وجه الارض وهو ابلغ وجوه النفي فكان ادفع لشره واشد عقوبة على ارتكابه المنكر وهو الاخافة زيلعي وابو بردة ضبطه شيخنا بضم الباء (قوله حتى يتوب) بان تظهر عليه أماراتها التي لا تخفى (قوله مالا معصوما) وكان قدر نصاب ولو كان القطاع جماعة يشترط ان يصيب كل واحد قدر نصاب وترك التنبيه عليه اكتفاء بما مر في السرقة (قوله من خلاف) نصب على الحال اى مختلفة نهر وجوز الحموي ان يكون التقدير أي قطعا من خلاف وتعيين اليمنى واليسرى بالاجماع لئلا يفوت نفعه حتى لو كانت يسراه شلاء لم تقطع يمينه وكذا لو كانت رجله اليمنى شلاء لم تقطع رجله اليسرى ولو كان مقطوع اليمين لم تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى نهر ولم أر ما لو كانت يده اليمنى شلاء أو رجله اليسرى أو كلاهما وقياس ما سبق عن الصغرى يقتضي قطعهما لان استيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز كما سبق التعليل به وفي قول صاحب النهر ولو كان مقطوع اليمين لم تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى اشارة اليه فما في التنوير والدرر من التقييد بكونه صحيح الاطراف اما ان يراد بالاطراف هي التي غير مستحقة للقطع وهما يده اليسرى ورجله اليمنى لا كل الاطراف ويكون من قبيل اطلاق الجمع على ما فوق الواحد أو يراد بالصحيح ما قابل المقطوع فقط دون الاشل فيتجه حينئذ ارادة كل الاطراف ثم بعد قطعه ان كان المال المأخوذ قائما يرد ولا ضمان في الهالك وهذا اذا أخذوا قبل الرجوع فان رجعوا قبل ان يؤخذوا فلا قطع عليهم ويردون ما أخذوا وعليهم الضمان في الهالك حموي عن البرجندي والمراد بالرجوع الرجوع عن قطع الطريق (قوله لا يحد) لان ماله ليس بمعصوم ولكن يضمن مال المستأمن لثبوت عصمة ماله حالا وان لم يكن على التأبيد ومحل عدم الحد بالقطع على المستأمن اذا كان منفردا اما اذا كان مع القافلة فانه يجب الحد على القطاع ولا يصير شبهة بخلاف اختلاط ذي الرحم بالقافلة شرنبلالية عن الفتح واستفيد منه ان ماذكره الشارح من ان مال المستأمن ليس بمعصوم أي على جهة التأبيد فتحصل من كلامهم انه يشترط لاجراء الحد على قطاع الطريق ان يكون المال المأخوذ معصوما على وجه التأبيد (قوله وان قتل) أي نفسا معصومة بان كان المقتول مسلما او ذميا ولم يقيد به لانه اذا علم التقييد به في المال ففي النفس أولى نهر فلو كان المقتول غير معصوم لا حد على القاطع لكن اذا كان مستأمنا تجب ديته عليه ولم ار من نبه على ذلك (قوله قاطع الطريق) الظاهر ان يقال قاصد قطع الطريق فانه الذي تقدم ذكره حموي واعلم انه لا يشترط في القتل ان يكون موجبا للقصاص من مباشرة الكل والآلة لانه حق الله لوجوبه في مقابلة الجناية على حقه بمحاربته زيلعي (قوله وان عفا الولي) تصريح بما فهم من قوله حدا نهر لان الحد حق الله تعالى ولا أثر لعفو العبد في حق الله تعالى وليس للامام أيضا ان يعفو لقوله عليه السلام تعافوا الحدود فيما بينكم فاذا رفعت الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا حموي عن الغاية (قوله قطع وقتل) اى قطع جزاء على أخذ المال وقتل جزاء على القتل ومقتضى العطف انه لا يشترط تقديم القطع على القتل مع انه لا فائدة في القطع بعد القتل حموي وصرح الزيلعي بان الامام لا يلزمه رعاية الترتيب فله ان يبدأ بالقتل قبل القطع لكن اذا اختار ذلك سقط القطع بعده لعدم فائدته كما لو جلد الزاني خمسين جلدة فمات فانه يترك الباقي لعدم الفائدة في اقامته بعد الموت (قوله وصلب بعد القطع) احتراس عما يوهمه العطف بالواو حموي (قوله أو قتل أو صلب) بين بهذا ان الامام مخير بين ثلاثة احوال الاولى ان يجمع بين القطع والقتل والصلب والثانية القتل فقط والثالثة الصلب من غير قطع حموي وفي الدر عن الزيلعي الامام مخير بين ستة احوال ان شاء قطع من خلاف ثم قتل أو قطع ثم صلب أو فعل

(حتى يتوب وان أخذ مالا معصوما)
بأن يكون مال مسلم أو ذمي (قطع يده
ورجله من خلاف) كما مر بيانه وانما
قيد بقوله معصوما لانه اذا أخذ مال
الحربي سواء كان مستأمنا أو لا لا يحد
لان ماله ليس بمعصوم (وان قتل)
قاطع الطريق ولم يأخذ مالا (قتل
حدا) أي من جهة الحد لا القصاص خلافا
للشافعي فان عنده من جهة القصاص
(وان عفا الولي وان قتل وأخذ) المال
ان شاء الامام (قطع) يده ورجله من
خلاف (وقتل وصلب) بعد القطع
(أو قتل) من غير قطع (أو صلب) من
غير قطع

الثلاثة أوقتل وصلب اوقتل فقط اوصلب فقط انتهى وكيفية الصلب ان يغرز خشبة فى الارض ثم يربط عليها خشبة أخرى عرضا فيضع قدميه عليها ويربط من اعلاها خشبة أخرى ويربط عليها يديه شرنبلالية عن الجوهرة ثم قتل قطاع الطريق بالصلب والزانى المحصن بالرجم يستثنى من قوله عليه الصلاة والسلام ان الله كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة لان التشديد فيهما ورد من الشارع حموى عن شرح الحلبى (قوله وقالا يقتل أو يصلب الخ) ذكر أبى يوسف مع محمد هو المشهور (قوله ولا يقطع) لان القطع حد على حدة والقتل كذلك فلا يجمع بينهما بجناية واحدة ولانه اجتمع عليه العقوبة فى النفس ومادونها فيدخل مادون النفس فى النفس وللامام انه وجد الموجب لتناهى الجناية بتفويت الامن بأخذ المال وقتل النفس فتناهت العقوبة فهما حد واحد لاتحاد سببهما وهو قطع الطريق ولا تداخل فى حد واحد وانما التداخل فى الحدود ولا يلزم ان للامام ان يقتله أو يصلبه ويدع القطع لان ذلك ليس للتداخل بل لانه ليس عليه رعاية الترتيب فى اجزاء حد واحد فله ان يبدأ بالقتل فاذا قتله لا يفيد القطع بعده زيلعى (قوله يصلب حيا) هو الاصح در (قوله ثلاثة ايام) من موته در (قوله و يبعج) قال فى الجوهرة ثم يطعن بالرمح فى ثديه الايسر ويخضخض بطنه برمح الى ان يموت شرنبلالية وفى البناية يطعن فى لبته حتى يموت و بعج من باب فعل يفعل بالفتح فيهما يقال بعج الارض شقها حموى (قوله اى يشق) الصواب ان يفسر يبعج بيطعن مجازا بقرينة قوله برمح حموى (قوله حتى يموت) فان قلت فيه تناقض لانه قدره اولا بالمدة ثم غياها الى زمان الموت و بينهما تناف لاحتمال ان لا يموت فى هذه المدة قلت حتى هنا لا تنبئ عن الغاية بل عن السبب كقولك اسلمت حتى ادخل الجنة فبعج بطنه بالرمح سبب لموته ومعناه يبعج كى يموت فى هذه المدة ولا يبقى حيا حموى واقول هذا انما يتجه ان لو كان ابتداء المدة يعتبر من وقت الصلب وليس كذلك اذ هى معتبرة من وقت الموت كما قدمناه عن الدرر وحينئذ فحتى على بابها للغاية وماذكره من التناقض غير مسلم (قوله وعن الطحاوى لا يصلب حيا) توقيا عن المثلة لانه عليه السلام نهى عن المثلة ولو بالكلب العقور والاول اصح زيلعى (قوله ثم يخلى بينه وبين اهله الخ) تحاميا عن الايذاء للناس بتغيره بعد الثلاثة نهر (قوله ويدفنوه) وتقدم انه لا يصلى عليه شيخنا (قوله ولم يضمن ما اخذ) لما بين ان قتله بمقابلة قتله النفس المعصومة و جرحها ربما توهم اخذ المال من تركته اذلم يقابل بشئ فبين انه لا يضمنه قال فى النهر و بهذا اندفع ما فى البحر من ان الاولى ان يقال ولم يضمن مافعل لانه لا يضمن ماقتل وماجرح انتهى وأقول هذا لا يدفع الاولوية حموى (قوله حتى لو باشر القتل أحدهم حد الجميع) لو أبقى المتن على اطلاقه بان قال حتى لو باشر قطع الطريق أحدهم الخ لكان أولى ليشمل مالو كان قطع الطريق بغير القتل (قوله والعصا والحجر كالسيف) لان قطع الطريق يقع بالكل وهذه الجملة كالتى قبلها معلومة من قوله قتل حدا كما قدمناه وكان الاليق حذفها الا أنه اراد زيادة الايضاح نهر (قوله و بطل الجرح) أى بطل حكمه لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى واستوفى بقطع اليد والرجل سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال عينى (قوله وان جرح فقط الخ) اعلم أنه لا حد فى هذه الجناية فيظهر فيها حق العبد فيقتص منه مما فيه القصاص و يؤخذ الارش مما فيه الارش وذلك الى الاولياء هداية وفيه نظر لان ذلك للمجروح لا لوليه فان افضى الجرح الى القتل ينبغى أن يجب الحد ولما كان أخذ المال الموجب للحد هنا هو النصاب كان أخذ مادونه بمنزلة العدم فاذا اخذ مادون النصاب و جرح فهو داخل تحت قوله وان جرح فقط وكذا اذا أخذ مالا يقطع فيه كالاشياء التى يتسارع اليها الفساد قال الزيلعى ولو كان مع هذا الاخذ قتل لا يجب الحد أيضا وهى طعن عيسى فانه قال القتل وحده يوجب الحد فكيف يمتنع مع الزيادة وجوابه ان قصدهم المال غالبا فينظر اليه لاغير بخلاف مااذا اقتصروا على القتل لانه تبين ان مقصدهم القتل دون المال فيحدون فعدت هذه من الغرائب ومن أعجب المسائل من حيث أن ازدياد الجناية أورث الخفة بحر (قوله أوقتل فتاب) أى تاب قبل

وقالا يقتل أو يصلب ولا يقطع ثم فى ظاهر الرواية هو مخير فى الصلب ان شاء فعله وان شاء تركه وعن أبى يوسف انه ليس للامام ان يدع الصلب (و) اذا أراد الصلب ففى ظاهر الرواية (يصلب حيا ثلاثة أيام ويبعج بطنه) أى يشق (برمح حتى يموت) وبه قال الكرخى وعن الطحاوى لا يصلب حيا بل يقتل ثم يصلب وعن أبى يوسف انه يترك على خشبة كذلك حتى يتقطع فيسقط والاصح انه يترك مصلوبا ثلاثة أيام ثم يخلى بينه وبين أهله لينزلوه ويدفنوه (و) اذا قتل قاطع الطريق (لم يضمن ما أخذ) كما فى الصغرى ان هلك أو استهلك ويرد ان كان عنده (وغير المباشر كالمباشر) حتى لو باشر القتل أحدهم حد الجميع وعند الشافعى لا يحد الا المباشر (والعصا والحجر كالسيف) حتى لو قتل قاطع الطريق بالعصا والحجر فكأنه قتل بالسيف فيجرى الحد عليه بخلاف القصاص (وان أخذ) قاطع الطريق (مالا وجرح) المارة (قطع) يده ورجله من خلاف (وبطل الجرح) فلم يؤخذ بالجرح (وان جرح فقط) أى لم يأخذ مالا ولم يقتل أحدا (أو قتل فتاب) عن قطع الطريق واختلفوا فى التوبة

أخذه زيلعي وان تاب بعد أخذه لا يسقط الحد حموي عن الاتقاني واذا علم الحكم في القتل ففي أخذ المال بالاولى نهر وانما سقط عنه الحد بالتوبة قبل أخذه للاستثناء في الآية صرفا للاستثناء الى ما قبله من الجمل لكونها من جنس واحد اذ الكل جزاء المحاربة بخلاف الاستثناء في آية القذف لان الجملة التي تليه خلاف جنس الجمل المتقدمة اذ هي لا تصلح جزاء القذف وانما هي اخبار عن حاله بانه متصف بالفسق فكانت فاصلة بينها وبين ما قبلها من الجمل فيعود الاستثناء اليها فقط فبطل ما عساه أن يقال ينبغي صرف الاستثناء لما يليه وهو قوله تعالى ولهم في الآخرة عذاب عظيم فلا يقتضي سقوط الحد بالتوبة زيلعي (قوله قيل هو ترك قطع الطريق) واليه أشار في الاصل أي أشار محمد في الاصل الى أن التوبة تسقط الحد في السرقة الكبرى للاستثناء ولا استثناء في غيره وسائر الحدود لا تسقط بالتوبة عندنا حموي عن البناية (قوله وقيل هو الترك ورد المال) مقتضاه أن الترك بدون رد المال لا يوجب سقوط الحد مطلقا وليس كذلك ففي النهر عن السراج قالوا لو قطع الطريق وأخذ المال ثم ترك ذلك وأقام في أهله زمانا درئ عنه الحد لانه لا يستوفى مع تقادم العهد قال وبه عرف أن مجرد الترك ليس توبة بل لا بد وان تظهر عليه سيماتها التي لا تخفى انتهى وحينئذ ثمرة الاختلاف في أن رد المال هل هو شرط التوبة أم لا انما تظهر فيما لو تاب بترك القطع ولم يرد المال حتى أخذ قبل تقادم العهد فعلى القول بان رد المال شرط يحد (قوله من المقطوع عليه) قال الغنيمي هل من للتبعيض أو للابتداء وانظر عماذا يتعلق حموي (قوله أو قطع بعض القافلة الخ) لان الجناية واحدة فالامتناع في البعض يوجب الامتناع في الباقين كالسارق يسرق متاع غيره وهو ومعه في دار واحدة نهر لان الحرز واحد فصارت القافلة كبيت واحد زيلعي (قوله فاقاد الولي أو عفا) ظاهر سياق كلام المصنف ان الامر فيه موكول الى الولي حتى في المسئلة الاولى وهي قوله وان جرح فقط وليس كذلك كما سبق التنبيه عليه وأشار الشارح بقوله فيما اذا قتل عمدا بحديدة الى ما به يزول الاشكال لكن سيأتي في كلام الشارح ما ينافي هذه الاشارة وهو قوله والامر في قتل من قتل منهم أو جرح الى الاولياء (قوله صبي أو مجنون) والاخرس كالصبي خلافا لابي يوسف زيلعي (قوله سقط الحد عن الكل) لان هذه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وانه لا يثبت الحكم كالعامد والمخطئ اذا اشتركا في القتل لا يجب القود زيلعي (قوله وقال أبو يوسف ان باشر الصبي أو المجنون الخ) الذي في الزيلعي والعيني وعن أبي يوسف (قوله وعلى هذا السرقة الصغرى) أي على هذا الاختلاف (قوله أي اذا كان بعض القطاع ذا رحم الخ) لان الجناية متحدة فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وذلك خاص به فيختص بالامتناع حتى اذا وقع القطع والاخذ على المستأمن خاصة لا يجب عليهم الحد وان وقع على غيره أو عليهما يجب زيلعي اما هنا فالامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد بحر (قوله سقط الحد عن الباقين مطلقا) أي سواء تولى الاخذ ذو الرحم أو غيره كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفيهم ذو رحم محرم أم لا اشتراك وأخذوه منه أو منه ومن غيره شيخنا (قوله لم يلزمه حد قطاع الطريق) لان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في مثل هذه الاماكن لان الغوث يلحقهم ساعة فساعة فلا يمكنهم المكث فيه ولان السبب محاربة الله تعالى وهي انما تتحقق في المفازة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيما فيسير في حفظ الله معتمدا عليه فمن تعرض له يكون محاربا لله تعالى وأما في المصر وفي القريب من المصر فيلحقه الغوث زيلعي (قوله والامر في قتل من قتل منهم أو جرح الى الاولياء) كذا في الزيلعي تبعا للهداية وفيه ما سبق بيانه وقوله والامر في قتل الخ أي الاولياء بالخيار ان شاؤا قتلوه ان كان القتل بحديد أو أخذوا الدية أو عفوا نهر أي لهم القود في العمد والارش في غيره أو العفو فيهما تنوير وشرحه (قوله وعن أبي يوسف وهو قول الشافعي يلزمه حد قطاع الطريق) في الاختيار وعليه الفتوى لمصلحة الناس وهي دفع شر المتغلبة المتلصصة درر وعيني وقال في البحر

قيل هو ترك قطع الطريق وقيل هو الترك ورد المال الى المالك (أو كان بعض القطاع غير مكلف أو) كان بعض القطاع (ذا رحم محرم من المقطوع عليه أو قطع بعض القافلة على البعض أو قطع الطريق ليلا أو نهارا بمصر أو بين مصرين لم يحد) في الصور المذكورة (فأقاد الولي) فيما اذا قتل عمدا بحديدة (أو عفا) ولي المقتول قوله غير مكلف أي ان كان من القطاع صبي أو مجنون سقط الحد عن الكل مطلقا سواء باشر غير المكلف الاخذ أو القتل أو لا عند أبي حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ان باشر الصبي أو المجنون الاخذ والقتل فلا حد على الباقين وان باشر العقلاء حد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى ان ولي الصبي والمجنون اخراج المتاع سقط عنهم وان ولي سواهما قطعوا الا الصبي والمجنون قوله ذا رحم محرم أي اذا كان بعض القطاع ذا رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين مطلقا وقال أبو بكر الرازي المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم اما اذا لم يكن المال مشتركا بينهم فان لم يأخذوا المال الا من ذي رحم محرم فكذلك وان أخذوا منه ومن غيره يحدون والصحيح انه يجري على اطلاقه وانهم لا يحدون بكل حال قوله أو قطع الطريق ليلا أو نهارا بمصر أي اذا قطع الطريق في المصر أو بين المصرين أو قريتين ليلا أو نهارا لم يلزمه حد قطاع الطريق مطلقا استحسانا وأخذ برد المال وأدب وحبس والامر في قتل من قتل منهم أو جرح الى الاولياء وعن أبي يوسف وهو قول الشافعي يلزمه حد قطاع الطريق قياسا

وعن أبي يوسف اعتبار الشرط الاول فقط فيتحقق في المصر ليلا وعليه الفتوى لمصلحة الناس وكذا في التنوير (قوله وعنه أنه في المصر الخ) وفي شرح البرجندي قال بعض المتأخرين انما أجاب أبو حنيفة بعدم اجراء حد قطاع الطريق اذا وجد القطع في المصر ونحوه بناء على ان الناس في زمانه كانوا يحملون السلاح مع انفسهم في المصر والقرى فيندر قطع الطريق وأما في زماننا فقد ترك الناس ذلك فيتحقق قطع الطريق فيهما والفتوى على ذلك (قوله أي عصر حلقه) مقتضاه ان خنق يقرأ بالتخفيف من خنقه خنقا بكسر النون كما في الدراية ولا يقال بالسكون من حد دخل والخناق فاعله وهو المشهور على الالسنة خلافا لما في الغاية من أنه بالتشديد سماعا لان التفعيل للتكثير لانه يلزم عليه أن يكون قوله غير مرة تأكيدا وهو خلاف الاصل نهر ورأيت بخط شيخنا معزيا للدرر والعناية ان الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون مصدر خنق يخنق انتهى وضبط الماضي منه بفتح النون والمضارع بضمها (قوله غير مرة) فيه استعمال لفظ مرة بمجرور وهو لازم النصب حموي (قوله أي مرارا) أراد مرتين فصاعدا والقرينة على هذه الارادة ما سيأتي من قوله لانه لو خنق رجلا مرة واحدة حتى قتله فالدية على عاقلته حيث اقتصر على قوله مرة واحدة وبهذا التقرير تعلم ما في كلام الدر حيث فسر قول المصنف ومن تكرر الخنق منه في المصر بقوله أي خنق مرارا ذكره مسكين انتهى (قوله قتل به) دفعا لشره لانه ساع في الارض بالفساد (قوله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة) لانه كالقتل بالمثقل شيخنا وفي كلام الزيلعي والدر اشارة الى أن الدية تجب على العاقلة عند أبي حنيفة وان كانت الاشارة خفية ونقل السيد الحموي عن المفتاح التصريح بوجوبها على العاقلة عند الامام ويخالفه ما في الدرر حيث قال اذا خنق رجلا حتى قتله فعليه دية وسيأتي وجهه في الجنايات انتهى وأقول ما سيأتي في الجنايات يشهد لما ذكره الشارح من وجوبها على العاقلة كالقتل بالمثقل (قوله وأما عندهما فالواجب هو القصاص) ولو قتله بالسم قيل يجب القصاص لانه يعمل عمل النار والسكين ورجحه السمرقندي والساحر يقتل لسعيه في الارض بالفساد وان تاب لا تقبل توبته لان توبته لا تعرف وقال أبو الليث اذا تاب قبل الاخذ قبلت توبته وان بعده لا ويقتل وفي التجنيس يقتل الساحر اذا أقر أو قامت عليه بينة حموي عن المفتاح (خاتمة) من السياسة ما يحكى عن أبي بكر الاعمش ان من ادعي عليه سرقة فانكر فللامام اذا غلب على ظنه ان المال عنده ان يعاقبه كما لو رآه مع الفساق في مجلس الشراب أو مع السراق زيلعي وفي المحيط من المشايخ من قال يصح الاقرار بالسرقة مكرها وفي التجنيس ضرب من ادعي عليه بالسرقة خلاف الشرع فلا يفتى به وما في الزيلعي ينبغي أن يعول عليه في زماننا لغلبة الفساد كيف يؤتى بالسارق ليلا بالبينة بل ولا بالنهار ويحمل ما في التجنيس على زمانهم نهر واعتمده الشيخ عبد الحي فافتى بجواز معاقبة المتهم وخالفه شيخنا وذكر أن حكاية الجواز سياسة انما كانت لحكام غلب عليهم العدل ولم يجزه عصام مع انه أسبق من الاعمش ولا معنى لما في النهر من رعاية غلبة فساق السراق واهدار كون الجور اغلب واكثر فسادا فالمعول عليه ما في التجنيس وفي الفواكه المختار وبه يفتى انه لا يجوز لمدعي طلب غريمه من السلطان وحكام السياسة فقوله وبه يفتى أي لا بغيره وفي التنوير ولا يفتى بعقوبته وكذا في القهستاني معزيا للواقعات معللا بما في التجنيس من أنه خلاف الشرع ومثله في السراجية فهذه نصوص من تأخر عن التجنيس فهي رد للعمل الذي ذكره في النهر فمن أفتى حاكم السياسة بجواز معاقبة من لا يعرف بمجالسة الفساق في مجلس الشراب والمشي مع السراق بل بالضعف حسا ومعنى لا سند له أصلا لان ميل صاحب النهر الى تلك الحكاية السياسية ليس مطلقا كما علمت وانما هو مقيد كما ترى والمقيد ينعدم بانعدام قيده وكيف يصح اعتبار هذا الزمن بزمن صاحب النهر انتهى (تتمة) ابو بكر الاعمش أخذ عن أبي بكر الاسكاف عن محمد بن سلمة عن سليمان الجوزجاني عن محمد بن الحسن عن ابي حنيفة وأخذ عن الاعمش أبو جعفر الهندواني شيخنا (تكميل) يثبت قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة وشرط أبو يوسف التكرار ويقبل رجوعه عنه وبشهادة رجلين على معاينة القطع أو الاقرار به نهر ونظر فيه شيخنا

وعنه أنه في المصر وفيما بين القرى ان قطعوا بالسلاح حدوا وان قطعوا بغيره نهارا لا وان كان ليلا جهرا أو خفية حدوا (ومن خنق) أي عصر حلقه (في المصر غير مرة) أي مرارا (قتل) الخانق (به) سياسة وانما قيد بقوله غير مرة لانه لو خنق رجلا مرة واحدة حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة واما عندهما فالواجب هو القصاص ولما كان القصد من الحدود اخلاء العالم عن المعاصي ومن الجهاد اخلاؤه عن رأس المعاصي أورد السير عقب الحدود فقال

بانه اذا قبل رجوعه عن الاقرار كيف تقبل البينة على الاقرار وهو ينكره انتهى ولوشهد احدهما على المعاينة والآخر على الاقرار لم تقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على أصل الشاهد وان علا وفرعه وان سفل ويجوز للانسان ان يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقاتل من يقاتله عليه لخبر من قتل دون ماله فهو شهيد

(كتاب السير)

(قوله جمع سيرة بوزن سدرة) وهى طريقة النبي عليه السلام فى مغازيه جمع المغزاة من غزوت العدو قصدته للقتال غزوا وسبب الجهاد عندنا كونهم حربا علينا وعند الشافعي كفرهم بحر والمغزاة ضبطه شيخنا بفتح الميم وغزوات النبي صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة ثمان فغزوة بدر فى الثانية من الهجرة وغزوة أحد فى الثالثة وذات الرقاع فى الرابعة والخندق فى الخامسة وغزوة بنى النضير فى السادسة وخيبر فى السابعة وفتح مكة فى الثامنة وتبوك فى التاسعة شيخنا عن القونوى (قوله وهى الحالة من السير) هذا معنى السيرة فى اللغة وأما معناها فى اصطلاح الفقهاء والمحدثين فهو ماسبق من قوله وهى طريقة النبى عليه الصلاة والسلام فى مغازيه حموى وقال صاحب الاختيار السيرة الطريقة خيرا كانت أوشرا ومنه سيرة العمرين أى طريقتهما ويقال فلان محمود السيرة وفلان مذموم السيرة يعنى الطريقة نوح أفندى (قوله ثم غلبت الخ) وسبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وعبر بعضهم بالجهاد وهو أيضا أعم غلب فى عرفهم على جهاد الكفار نهر (قوله وانما سمى بها هذا الكتاب الخ) عبارة الاختيار على ماذكره نوح أفندى وسمى هذا الكتاب بذلك لانه يجمع سيرة النبى عليه الصلاة والسلام وطريقته فى مغازيه وسيرة اصحابه وما نقل عنهم فى ذلك انتهى (قوله وان كانوا جاهلين) ينظر أى داع لذكر هذه الجملة المصدرة بان الوصلية حموى (قوله فرض كفاية) أما كونه فرضا فلقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم واعترض بانه خص منه الذمى والمستأمن فجاز ان يخص منه الاسير قياسا وأجيب بانه يجوز أن يكون بالنسبة للفاعل قطعيا وبالنسبة للمفعول ظنيا لما دخله من التخصيص ورده فى النهر بان العام اذا دخله الخصوص سواء كان فاعلا أومفعولا يخرج من أن يكون قطعيا فلا تثبت به الفرضية فالاعتراض باق وأما كونه على الكفاية فلانه مفروض لغيره لانه لم يشرع لعينه اذ هو قتل وافساد فى نفسه وانما شرع لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه زيلعى وكل ماهو كذلك فهو فرض كفاية اذا حصل المقصود بالبعض وهذا القيد لابد منه نهر لئلا ينتقض بالنفير العام فانه معه مفروض لغيره مع أنه فرض عين لعدم حصول المقصود بالبعض وظن بعض المشايخ من جواز القعود اذا لم يكن النفير عاما أنه تطوع فى هذه الحالة وأكثرهم على أنه فرض كفاية وهو الصحيح انتهى (قوله ابتداء) وان لم يبدؤنا وأما قوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وتحريمه فى الاشهر الحرم فمنسوخ بالعمومات كاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم در وكان عليه السلام فى الابتداء مأمورا بالصلح والاعراض عن المشركين كما قال تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال تعالى واعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء الى الدين والموعظة والمجادلة الحسنة قال تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى أحسن ثم أمر بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى أذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا أى اذن لهم فى الدفع ثم أمر بالقتال ابتداء فى بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم أمر بالبداءة بالقتال مطلقا فى الازمان كلها وفى الاماكن باسرها بقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وقد حاصر عليه الصلاة والسلام الطائف لعشر بقين من ذى الحرم والمحاصرة نوع من القتال فهذا يدل على أن تحريم القتال فى الاشهر الحرم منسوخ زيلعى وقوله بالحكمة قال البيضاوى بالمقالة المحكمة وهو الدليل الموضح للحق المزيح للشبهة والموعظة

(كتاب السير) هى جمع سيرة وهى الحالة من السير كالجلسة والركبة للجلوس والركوب ثم نقلت الى معنى الطريقة والمذهب ثم غلبت فى لسان الشرع على أمور المغازى وانما سمى بها هذا الكتاب لانه يبين فيه سير المسلمين فى المعاملة مع الكافرين من أهل الحرب ومع أهل العهد منهم من أهل الذمة والمستأمنين ومع المرتدين الذين هم أخبث الكفار بالانكار بعد الاقرار ومع أهل البغى الذين حالهم دون حال المشركين وان كانوا جاهلين (الجهاد فرض كفاية ابتداء)

الحسنة الخطابات المقنعة والاولى لدعوة خواص الامة والثانية لدعوة عوامهم وجادلهم أى وجادل معانديهم بالتى هى أحسن بالطريق التى هى أحسن طرق المجادلة من الرفق واللين (قوله أى من غير أن يهجم الكفار) هجم يهجم من باب قعد كما فى المصباح والهجوم الدخول بغتة (قوله هو بذل الطاقة الخ) نقل الحموى عن ايضاح الاصلاح أنه عرفه بانه بذل الوسع فى القتال فى سبيل الله تعالى مباشرة أو معاونة بمال أو رأى أو تكثير سواد الخ ومن توابعه الرباط وهو الاقامة فى مكان ليس وراءه اسلام هو المختار وصح ان صلاة المرابط بخمسمائة ودرهمه بسبعمائة وان مات فيه أجرى عليه عمله ورزقه وامن الفتان وبعث شهيدا آمنا من الفزع الاكبر در عن الفتح (قوله فان قام به بعض) ولو عبيدا أو نساء نهر (قوله والا أثموا) أى ان لم يقم به البعض اثم الكل وانما جمع الضمير نظرا الى المعنى حموى عن القراحصارى (قوله أى كل الناس) أراد المكلفين منهم بدليل قوله ولا يجب على صبى الخ قال فى النهر عن الحواشى السعدية لا ينبغى أن يفهم من هذا ان الوجوب على جميع أهل الارض كافة حتى يسقط عن أهل الهند بقتال أهل الروم اذ لا يندفع بقتالهم الشر عن الهنود المسلمين الخ بل يفرض على الاقرب فالاقرب من العدو الى أن تقع الكفاية فلو لم تقع الا بكل الناس فرض عينا كصلاة وصوم ومثله الجنازة والتجهيز در (قوله والجملة الشرطية وقعت تفسيرا) فتكون الفاء الداخلة على الجملة الشرطية بمعنى أى التفسيرية حموى (قوله ولا يجب على صبى) والمجنون والمعتوه كالصبى وفى الذخيرة للاب أن يأذن المراهق بالقتال وان خاف عليه القتل وشرط السغدى لجواز الاذن عدم خوف القتل ولو كان للابن أبوان كان لهما منعه اذا دخل عليهما بسفره مشقة فان أذن احدهما دون الآخر لا ينبغى له الخروج ولهذا لما أراد العباس بن مرداس الجهاد قال عليه السلام الزم أمك فان الجنة عند رجل أمك در عن السراج وفيه لا يحل سفر فيه خطر الا باذنهما الخ والجد أبو الاب والجدة أم الام يقومان مقامهما ولو كانا كافرين أو احدهما يتحرى فان وقع تحريه على أن منعه للخوف عليه لا يخرج وان كان لاجل قتال الكفار خرج وان شك لا ينبغى أن يخرج وما سوى الاصول فان خشى عليهم الضياع لم يخرج بغير اذنهم وكذا امرأته وفى سفر الحج والتجارة يخرج بدون اذنهما الا اذا احتاجا اليه فى سفر التجارة ويلحق بالسفر للحج والتجارة السفر لطلب العلم بزازية وفى التتارخانية العالم الذى ليس فى البلد افقه منه ليس له الغزو (قوله وامرأة وعبد) لحق المولى والزوج ومفاده وجوبه لو أمرها الزوج به فتح وعلى غير المزوجة نهر قلت تعليل الشمنى بضعف بنيتها يفيد خلافه وفى البحر انما يلزمها امتثال أمره فيما يرجع للنكاح وتوابعه در والحاصل ان التعليل بتقديم حق الزوج والمولى ظاهر بالنسبة للعبد دون المرأة فان المرأة لا يفترض عليها الجهاد يعنى مطلقا وان أمرها الزوج به أو لم يكن لها زوج لعجزها عن الجهاد صرح به فى الهداية فى فصل قسمة الغنيمة حيث علل عدم الرضخ للمرأة والصبى بعجزهما عن الجهاد ثم قال ولهذا أى لعجزهما عن الجهاد لم يلحقهما فرضه أى فرض الجهاد ثم علل عدم الرضخ للعبد بانه لا يمكنه المولى من الجهاد وان له منعه أى عن الجهاد حموى فما فى النهر والظاهر ان التى لا زوج لها يفترض عليها كفاية ليس بظاهر وكذا المديون ليس له السفر بغير اذن غريمه بل وكفيله أيضا ولو بالنفس لو كانت الكفالة بأمره وهذا فى الحال اما المؤجل فله الخروج ان علم رجوعه قبل حلوله تنوير وشرحه (قوله ومقعد) فى الفتح عن ديوان الادب انه الاعرج (قوله واقطع) قال فى الصحاح الاقطع المقطوع اليد والجمع قطعان مثل اسود وسودان (قوله بناء على ان الجهاد) يشير الى ان المنفى محاربتهم دون تكثير سواد المسلمين كذا ذكره شيخنا فأشار الى ان المنفى خروجهم للقتال فلا ينافى وجوبه لتكثير السواد عند الاحتياج اليه (قوله وفرض عين ان هجم العدو) مقتضاه الافتراض على كافة الناس سواء فيه أهل محل هجمه العدو وغيرهم وهو صريح ما فى المنية ويخالفه ما فى النهاية من تخصيصه بمن قرب منه حموى ولا بد من الاستطاعة فلا يخرج المريض المدنف اما من يقدر على الخروج دون الدفع ينبغى ان يخرج لتكثير السواد لان فيه ارهابا فتح وفى السراجية وشرط لوجوبه

القدرة

أى من غير أن يهجم الكفار والجهاد هو بذل الطاقة وتحمل المشقة فى سبيل الله مصدر جاهدت العدو مجاهدة وجهادا اذا حاربته وقاتلته (فان قام به بعض) سقط عن الكل (والا) أى وان لم يقم به أحد (أثموا) أى كل الناس (بتركه) والجملة الشرطية وقعت تفسير الفرض الكفاية (ولا يجب) الجهاد (على صبى وامرأة وعبد وأعمى ومقعد واقطع) بناء على ان الجهاد فرض كفاية (وفرض عين) على كل واحد من المسلمين (ان هجم العدو) اى ان أتى بغتة على بلاد ما

القدرة على السلاح لا امن الطريق فان علم انه ان حارب قتل وان لم يحارب اسر لم يلزمه القتال در (قوله وصار النفير عاما) فى النهاية عن الذخيرة اذا جاء النفير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فان كان الذين هم بقرب العدو عاجزين عن مقاومة العدو أو قادرين الا انهم لا يجاهدون لكسل بهم أو تهاون افترض على من يليهم فرض عين ثم من يليهم كذلك حتى يفترض على هذا التدريج على المسلمين كلهم شرقا وغربا وعلى هذا التفصيل صلاة الجنازة وتجهيزها زيلعى قال فى النهر عن الفتح وكان معناه اذا دام الحرب حتى وصل الخبر لمن بعدهم والا فهو تكليف بما لا يطاق بخلاف انقاذ الاسير اذ وجوبه على الكل من أهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب ان لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه انتهى ويقبل خبر المستنفر ومنادى السلطان ولو فاسقا لانه خبر يشتهر فى الحال تنوير وشرحه (قوله ان هجم العدو) كافرا كان أو باغيا حموى عن المفتاح (قوله فيجب على جميع الناس الدفع) ظاهره انه يجب على كل من سمع الخبر وكان مستطيعا كما سبق عن المنية وعلى ما سبق عن النهاية يراد بجميع الناس من يقرب بهم (قوله فتخرج المرأة والعبد الخ) متفرع على كون الجهاد فرض عين على كل الناس اذا هجم العدو وقال السيد الحموى وينبغى ان يقيد الوجوب فى المرأة على ما فيه بما اذا كان لها محرم يذهب معها للجهاد بدليل اشتراط المحرم لها فى الحج وهو فرض عين (قوله بلا اذن زوجها وسيده) لان حقهما لا يظهر فى فروض الاعيان وكذا المديون والولد يخرجان بلا اذن رب الدين والوالد نهر ويأثم الزوج ونحوه بالمنع در (قوله فيه لف ونشر) أى مرتب حموى (قوله وكره الجعل) لانه يشبه الاجر على الطاعة فحقيقته حرام فيكره ما اشبهه زيلعى وهذا التعليل يوجب ثبوت الكراهة على الامام بخصوصه ومافى الهداية حيث علل بقوله لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه يوجب ثبوتها على الامام وعلى الآخذ نوح افندى بتصرف (قوله ان وجد فىء) الفىء المأخوذ بلا قتال كالخراج والجزية اما المأخوذ بالقتال فغنيمة نهر (قوله والالا) اى وان لم يوجد فى مال بيت المال فىء لا يكره لان الحاجة الى الجهاد ماسة وفيه تحمل الضرر الادنى لدفع الاعلى وقد أخذ النبى صلى الله عليه وسلم درعا من صفوان عند الحاجة بغير رضاه وعمر كان يغزى العزب عن ذى الحليلة ويعطى الشاخص فرس القاعد وقيل يكره أيضا لما بينا والصحيح الاول زيلعى يقال اغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له وجاء فى الحديث وهو شاب اعزب والشخوص الذهاب من بلد الى بلد عناية (قوله فلا بأس الخ) كلام الشارح مباين لكلام المصنف لانه صريح فى عدم الكراهة ولا بأس تقتضى الكراهة لانها تستعمل لما تركه أولى من فعله الا ان يحمل قول المصنف وكره على كراهة التحريم حموى بقى ان يقال ظاهر كلام المصنف ان الجعل لا يكره وان وجد فى بيت المال غنيمة حيث لم يكن فيه فىء وهو خلاف ظاهر ما فى النهر عن الذخيرة فالكراهة انما تنتفى على ما فى الذخيرة اذا لم يكن فى بيت المال مال اعم من ان يكون فيئا أو غنيمة ولهذا ذكر فى الشرنبلالية ان المراد وجود مال بيت المال سواء كان أصله من الفىء أو من غيره كالاموال الضائعة انتهى لكن نظر فيه الحموى بان المال الضائع ومال الغنيمة لا يصرفان للمقاتلة انتهى فعلى هذا تقييد المصنف بالفىء للاحتراز عن الغنيمة (قوله الجعل) بضم الجيم عينى (قوله والمراد به ههنا ان يضرب الامام الجعل على الناس الخ) أى بلا طيب انفسهم نوح افندى فلو بطيب انفسهم لم يكره (قوله فان حاصرناهم) أى ضيقنا عليهم واحطنا بهم (قوله ندعوهم الى الاسلام) لما روى عن ابن عباس انه قال ما قاتل عليه السلام قوما قط الا دعاهم الى الاسلام زيلعى (قوله ثم المراد) اشار به الى ان جواب الشرط محذوف من كلام المصنف حموى وانما لا يتعرض لهم بعد الاسلام لقوله عليه السلام أمرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم واموالهم الا بحقها ولا بد من ان يؤمنوا به عليه السلام وانما اكتفى بكلمة التوحيد لانهم كانوا يعتقدون الشرك فاذا وحدوا علم انهم آمنوا بمحمد عليه السلام لانهم لم

وصار النفير عاما ولا تتهيأ دفعهم الا بقتالهم جميعا فيجب على جميع الناس الدفع (فتخرج المرأة والعبد بلا اذن زوجها وسيده) فيه لف ونشر (وكره الجعل ان وجد) فى بيت المال (فىء والالا) أى وان لم يكن فيه فىء فلا بأس بأن يقوى بعضهم بعضا الجعل ما يجعل للعامل على عمله ثم سمى به ما يعطى المجاهد ليستعين به على جهاده والمراد به ههنا ان يضرب الامام الجعل على الناس للذين يخرجون الى الجهاد (فان حاصرناهم) أى اذا دخلنا دار الحرب وجعلنا الكفار فى حصار (ندعوهم الى الاسلام فان اسلموا) ثم المراد (والا) ندعوهم (الى) قبول (الجزية) وهذا فى حق من تقبل منه الجزية كاهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم واما المرتدون وعبدة الاوثان من العرب فلا فائدة فى دعائهم الى قبول الجزية لانه لا تقبل منهم الجزية فنقاتلهم الى ان يسلموا (فان قبلوا) الجزيه

يعرفوا ذلك الا منه عليه السلام زيلعى اما اليهود والنصارى فلم يقروا برسالته عليه السلام ويتبرؤا من دينهم لا يحكم باسلامهم لانهم يقولون ان محمدا عليه السلام رسول الله الى العرب دوننا حموى عن البناية (قوله فلهم مالنا الخ) لقول على انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا ومراده بالبذل القبول وكذا بالاعطاء المذكور فى الآية لان العصمة تحصل لهم قبل ادائها بمجرد القبول زيلعى وقوله لهم مالنا وعليهم ماعلينا أى يجب لهم علينا ويجب لنا عليهم اذا تعرضنا لدمائهم وأموالهم أو تعرضوا لدمائنا وأموالنا ما يجب لبعضنا على بعض عند التعرض فاما قبل قبول الجزية كا نتعرض لدمائهم وأموالهم وهم كذلك فقبول الجزية ليس الا لزوال هذا التعرض وليس المراد انه يجب عليهم من العبادات وغيرها ما يجب علينا حموى عن البرجندى (قوله وعليهم ماعلينا) من الانتصاف تخرج العبادات اذ لا يخاطبون بها عندنا ما الحدود والقصاص فيؤاخذ الذمى بها الاحد شرب الخمر واعلم ان عدم خطابهم بالعبادات واتسع على ما ... مشايخ ما وراء النهر وهو الصحيح خلافا لما عليه مشايخ العراق من انهم مخاطبون بها بمعنى انهم يعاقبون فى الآخرة بتركهم العبادات زيادة على عقوبة الكفر (قوله ولا تقاتل من لم تبلغه الدعوة) لما روينا ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سبي الذرارى وسلب الاموال ولعلهم يجيبون فيحصل المقصود بلا قتال ومن قاتلهم قبل الدعوة يأثم للنهى عنه ولا يغرم لانهم غير معصومين خلافا للشافعى زيلعى اطلق الدعوة فشمل الحقيقية والحكمية وهى انتشار الدعوة شرقا وغربا فاقيم ظهورها مقامها قال فى السير الكبير واذا التقى المسلمون من المشركين قوما لم يبلغهم الاسلام حقيقة ولا حكما فلا ينبغى لهم ان يقاتلوهم حتى يدعوهم الى الاسلام وفى الفتح ولا شك ان فى بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا واذا بلغهم الاسلام فلا ينبغى لهم ان يقاتلوهم حتى يدعوهم الى الجزية بحر والدعوة بفتح الدال وكذا فى الدعوة الى الطعام وفى النسب بكسر الدال كذا لكافة العرب الا عدى الرباب فانهم يكسرون دعوة الطعام ويفتحون فى النسب وقيل الفتح فى الطعام والضم فى الحرب والكسر فى النسب عينى (قوله وندعو ندبا من بلغته) مبالغة فى الانذار ولا يجب ذلك لانه عليه الصلاة والسلام اغار على بنى المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة ان يغير على ابنى صباحا والغارة لا تكون بدعوى وابنى بوزن حبلى موضع بالشام اطلق الاستحباب وهو مقيد بان لا يتضمن ضررا بان يعلم انهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون أو يتحصنون وغلبة الظن كالعلم بحر عن الفتح وقوله وقد اغار على بنى المصطلق أى أخرجهم من خبائهم بهجومه عليهم وهم غارون أى غافلون شيخنا عن العناية ونقل عن شرح مسلم للنووى ان غارون بالغين المعجمة وتشديد الراء انتهى (قوله نطلب العون من الله تعالى) لانه الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به فى كل الامور (قوله ونحاربهم بنصب المجانيق) لانه عليه الصلاة والسلام نصبها على الطائف نهر (قوله جمع منجنيق) بفتح الميم واسكان النون وفتح الجيم ثم كسر النون ثم اسكان الياء ذكره فى ديوان الادب وقال النووى فى التحرير المنجنيق مؤنثة فارسية معربة والميم مفتوحة عند الاكثر وقال فى العباب يذكر وتأنيثها أحسن والجمع منجنيقات ومجانيق ومجانق وقال ابن الاثير الميم والنون الاولى زائدتان فى قول لقولهم جنق يجنق اذا رمى وقيل الميم أصلية لجمعه على مجانيق وقيل هو أعجمى معرب حموى عن شرح ابن الحلبى (قوله وحرقهم) واذا جاز حرق ذواتهم فأمتعتهم ودورهم بالاولى نهر خلافا لما ظهر من قول العينى اى حرق دورهم وأمتعتهم مع ان العينى صرح فى باب البغاة قبيل قول المصنف وكره بيع السلاح من أهل الفتنة بانهم يقاتلون ولو بارسال النار اليهم (قوله وقطع اشجارهم) وافساد زروعهم الا اذا غلب على الظن ظفرنا بهم فيكره در عن الفتح وأطلق فى قطع الاشجار فعم المثمرة وبه صرح فى الدرر والبحر لانه عليه السلام أحرق نخل بنى النضير وقطعه وهى البويرة نهر والبويرة على وزن دويرة مصغر الدار عناية (قوله وان تترسوا ببعضنا) لان الامر بالقتال مطلق ولو كان الغير مانعا لانسد اذ قلما تخلو مدينة أو حصن عن أسير مسلم فصار كرميهم مع العلم

بوجود

(فلهم مالنا) من عصمة دمائهم وأموالهم
(وعليهم) أى يلزم عليهم (ما) يلزم
(علينا ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة
الى الاسلام وندعو الى الاسلام (ندبا)
أى من جهة الندب (من بلغته)
الدعوة (والا نستعين بالله سبحانه
أى وان لم يقبلوا الجزية
وتعالى) نطلب العون من الله سبحانه وتعالى
(ونحاربهم بنصب المجانيق) جمع
منجنيق وهو الذى ترمى به الاحجار
(وحرقهم وغرقهم) الغرق بفتحتين
مصدر غرق فى الماء اذا غار فيه من
باب لبس فهو غريق وهم غرقى
(وقطع اشجارهم وافساد زروعهم
ورميهم وان تترسوا ببعضنا) أى نرمى
السهام اليهم وان اتخذوا بعضنا بمنزلة
الترس

بوجود أولادهم ونسائهم فانه يجوز اجماعا ولان فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام باثبات الضرر الخاص وهو واجب نهر وقوله بالذب عن بيضة الاسلام أى مجتمعه للشبه المعنوى بينها وبين بيضة النعامة وغيرها لان البيض مجتمع الولد عناية وان تترسوا بنبى قال أبو الليث سئل ذلك النبى وقال محمد لو فتح الامام بلدة وعلم ان فيها مسلما او ذميا لا يحل قتل أحد منهم الا اذا خرج واحد فانه حينئذ يحل قتل الباقى لجواز كون الذى خرج هو ذاك وهذا مؤيد لما بحثه فى النهر من ان جواز رميهم فيما اذا تترسوا ببعض المسلمين مقيد بما اذا لم يكن طريقا الى قتل المسلم غالبا (قوله ولكن نقصدهم) لان قصد قتل المسلم حرام وما أصابوه من المسلمين لا دية فيه ولا كفارة لان الفروض لا تقترن بالغرامات ولا يرد المضطر حالة المخمصة لان المذهب انه لا يجب الاكل بل له تركه أخذا بالعزيمة فصار كالمباح مقيدا بشرط السلامة كذا فى النهر وقوله ولا يرد المضطر حالة المخمصة الخ مخالف لما صرحوا به فى كتاب الاكراه حيث جزموا بانه يأثم بالصبر من غير ذكر خلاف ويجاب عن الايراد بأنه انما انتفى وجوب الدية والكفارة لكون التلف مضافا اليهم لتترسهم بهم بخلاف مال الغير فانه لم يوجد ما يمنع من اضافة التلف فيه الى المضطر ولهذا لحقه الضمان (قوله ونهينا عن اخراج مصحف الخ) لما فى اخراجه من التعريض لان يناله العدو فيستخف به ويلحق بالمصحف كتب الحديث والفقه قيد بالخوف لانه لو لم يخف لم يكره كما لو دخل بامان فلا بأس بحمل المصحف ان كانوا يوفون بالعهد والاولى فى النساء اخراج العجائز واذا احتيج للمباضعة فالاولى اخراج الاماء دون الحرائر (قوله يخاف عليهما) أى على المصحف والمرأة وفى بعض النسخ عليها أى على السرية وعن الطحاوى ان النهى عن اخراج المصحف انما كان لخوف فوت شئ من القرآن فعلى هذا لا بأس باخراج المصحف اذ قد كثر المصاحف والحفاظ فى زماننا فلا يخاف من الضياع حموى عن البرجندى والصحيح ان النهى معلل بخوف الاستخفاف نهر (قوله فى خفية) بضم الخاء وكسرها شيخنا عن المصباح (قوله وأما السرية الخ) وأما أقل الجيش فأربعة آلاف وينبغى ان يكون العسكر العظيم اثنى عشر ألفا لقوله عليه السلام لن يغلب اثنا عشر ألفا من قلة وفى الخانية لا ينبغى للمسلمين ان يفروا اذا كانوا اثنى عشر ألفا وان كان العدو أكثر وذكر الحديث ثم قال والحاصل انه اذا غلب على ظنه بأن يغلب فلا بأس بان يفر ولا بأس للواحد ان يفر من اثنين اذا لم يكن معه سلاح وتقدم انه يجوز له ان يفر من الثلاثة مطلقا وتفر المائة من الثلثمائة انتهى (قوله ويقال خير السرايا الخ) قال شيخنا جعله فى المنبع حديثا (قوله أربعمائة) وأقلها كما قال الامام مائتان وقال ابن زياد أقلها أربعمائة وفى المبسوط هى عدد قليل يسيرون فى الليل ويكمنون بالنهار نهر (قوله ونهينا عن غدر) الغدر نقض العهد وترك الوفاء بما التزم برجندى لكن قال عليه السلام الحرب خدعة فيشكل والجواب انه مادامت الحرب قائمة لا يحرم الخداع بأن نريهم انا لا نحاربهم فى هذا اليوم حتى يأمنوا فنحاربهم فيه أو نذهب الى صوب آخر حتى يغفلوا فنأتيهم بياتا ونحو ذلك بخلاف ما اذا كان بيننا وبينهم عهد على ان لا نحارب فى هذا اليوم حتى أمنوا فانه لا تجوز المحاربة لان هذا استئمان وعهد فالمحاربة نقض العهد وليس هذا من خداع الحرب فيكون غدرا حموى عن شرح الحلبى ونقل عن البرجندى ان الخديعة ايصال مكر الى الخصم من حيث لا يعلم من غير خلف وعد أو نقض عهد (قوله الغدر ترك الوفاء الخ) ظاهر كلام الشارح المغايرة بين الغدر والغلول وهو خلاف ما فى الدرر حيث قال وكلاهما خيانة لكن الغلول فى المغنم خاصة والغدر أعم يشمل نقض العهد انتهى (قوله والغلول والاغلال الخيانة) أى فى المغنم قبل القسمة نهر (قوله ومثلة) اسم من مثل به يمثل أى نكل به يعنى جعله نكالا وعبرة لغيره كقطع الاعضاء وتسويد الوجه وفى شرح البخارى المثلة المنهية بعد الظفر بهم ولا بأس بها قبله لانه أبلغ فى اذلالهم ونظيره الاحراق بالنار درر وقوله وفى شرح البخارى يخالف لما فى الزيلعى حيث قال وفى شرح المختار وقوله أى نكل به هو من التفعيل كما فى تاج الاسماء واللغات واعلم ان المثلة قيد جوازها فى الفتح بما اذا وقعت قتالا كمبارز ضربه فقطع اذنه ثم ضربه

(و) لكن (نقصدهم) بالرمى فى هذه الصورة (ونهينا عن اخراج مصحف وامرأة فى سرية يخاف عليهما) سرى بالليل يسرى من باب ضرب بمعنى سار ليلا وأسرى مثله ومنه السرية لواحدة السرايا لانها تسرى فى خفية ويجوز ان يكون من الاستسراء الاختيار لانها تختاره من الجيش أى جماعة مستراة من الجيش كذا فى المغرب وفى المبسوط الجيش الجمع العظيم وكذا الجند وأما السرية فنحو أربعمائة يسيرون بالليل ويختفون بالنهار ويقال خير السرايا أربعمائة رجل ولا بأس باخراج النساء والمصاحف اذا كان عسكر عظيم يؤمن عليه كذا فى شرح القدورى (و) نهينا عن (غدر وغلول) الغدر ترك الوفاء والغلول والاغلال الخيانة (و) نهينا عن (مثلة) المثلة العقوبة وهى قطع عضو من أعضاء الحى

ففقأ عينه وهكذا وهو ظاهر فى انه لو تمكن من كافر حال قيام الحرب ليس له ان يمثل به بل يقتله ومقتضى ما فى الاختيار ان له ذلك كيف وقد علله بأنه أبلغ فى كبتهم وأضر بهم والمثلة المروية فى قصة العرنيين امامنسوخة أوانه تعارض محرم ومبيح فيقدم المحرم نهر (قوله نهينا عن قتل امرأة الخ) لنهيه عليه السلام عن قتل النساء والصبيان أى الذين لا يقدرون على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين كما فى التتارخانية وفى جمع الجوامع لا يقتل من فى بلوغه شك وهذا يغاير الاول نهر وكانه فهم ان المراد بالقدرة على القتال وعلى الصياح القدرة بالقوة لا بالفعل وليس كذلك بل المراد القدرة مع الفعل بأن وجد من الصبى القتال أو الصياح فلا ينافيه عدم جواز قتل من فى بلوغه شك اذ هو محمول على ما اذا لم يوجد منه ذلك وأما ما أجاب به السيد الحموى من ان الثانى محمول على ما اذا كان لا يقدر على الصياح ففيه نظر لانه اذا كان للصبى قدرة على الصياح مع انه لا شك فى عدم بلوغه فالذى فى بلوغه شك يكون بالاولى واعلم انه لا يغرم قاتل من نهى عن قتله لان مجرد حرمة القتل لا توجب الضمان فتح وتبيين (قوله وشيخ فان) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقتلوا شيخا فانيا وفسره الرازى بالذى خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين لانه حينئذ يكون كالمجنون ولهذا لا نقتله اذا ارتد أما من يقدر ولو على الصياح أو الاحبال فيقتل لانه يجئ منه الولد فتكثر محاربته للمسلمين نهر (قوله وأعمى) وكذا الراهب الذى لا يخالط الناس واهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس والسائح فى الجبال الذى لا يخالط الناس لعدم تحقق الحرب منهم ولو قتلوا فلا شئ بقتلهم الا التوبة والاستغفار واذا كان بالمسلمين قوة الى حملهم لا نتركهم فى دار الحرب الا الشيخ الفانى الذى لا يلقح والرهبان وأصحاب الصوامع اذا كانوا ممن لا يصيبون النساء والعجوز التى لا يرجى ولدها فيخير بين حملهم وتركهم نهر وفيه عن الخلاصة لا يترك الامام فى دار الحرب من ترجى ولادته ويخرجهم وان أراد تركهم وعلم ان الدار تبقى دار الاسلام جعل الجزية عليهم ووضع الخراج على اراضيهم ومن لا يلقح بضم الياء المثناة من تحت وتسكين اللام وكسر القاف وبالحاء المهملة أى لا تحمل منه النساء شيخنا (قوله ومقعد) تقدم عن الفتح معزيا بالديوان الادب تفسيره بالاعرج ونقل الحموى عن البرجندى معزيا للمغرب ان المقعد هو الذى أقعده الداء عن الحركة وعند الاطباء هو الزمن وقيل المقعد المتشنج الاعضاء والزمن الذى طال مرضه انتهى (قوله الا ان يكون أحدهم ذا رأى فى الحرب أو ملكا) لان فى قتله كسر شوكتهم وفى الخانية ولا نقتل الصبيان ولا الشيخ الفانى الا ان يكون الصبى ملكا وقد أحضروه موضع القتال وهذا يفيد انهم لو لم يحضروا به لا يقتل وعلى هذا سائر من ذكر وفيه تأمل نهر ولعل وجه التأمل ان كسر شوكتهم يحصل بقتل الصبى وان لم يحضروه وأقول قوله وعلى هذا سائر من ذكر ممنوع بل هذا خاص بالصبى لظهور الفرق بين الصبى وغيره واعلم ان الاستثناء الواقع فى كلام المصنف لا يصح بالنسبة للشيخ الفانى على تفسيره بالذى خرف وزال عن حدود العقلاء فالصواب ان يفسر بالذى لا يقدر على القتال أو الصياح أو الاحبال حموى (قوله والصبى والمجنون اذا قاتلا الخ) صريح فى ان مجرد القدرة على القتال لا يبيح قتل الصبى والمجنون ما لم يوجد القتال بالفعل خلافا لما فهمه فى النهر من تعبيره فى التتارخانية بالقدرة على القتال فاشكل عليه ما ذكره فى جمع الجوامع من ان من فى بلوغه شك لا يقتل وقد سبق (قوله وخالفنا الشافعى فى الشيخ والمقعد والاعمى) لان القتل عنده جزاء الكفر وقد تحقق قلنا الدنيا دار التكليف وليست بدار الجزاء وانما وجب فى بعض الجنايات لتنتظم مصالح العباد لان السفهاء لا ينتهون بمجرد الوعيد بلى بقى ان يقال ان ظاهر تخصيص خلاف الامام الشافعى بهم يقتضى انه لا خلاف له فى غيرهم كمقطوع اليدين ونحوه مع ان الكفر منهم متحقق فليتطر وجه الفرق (قوله من أى جانب كان) ولا ينافى هذا ما ذكره فى النهر حيث قيد مقطوع اليد والرجل بكونه من خلاف لانه اذا لم يجز قتله اذا كان القطع من خلاف فلان لا يجوز اذا كان من جانب واحد بالاولى (قوله ولا مقطوع اليد اليمنى خاصة) أطلق عدم القتل فيه وفى الذى قبله و ينبغى

(و) نهينا عن (قتل امرأة وغير مكلف) أى صبى ومجنون (وشيخ فان واعمى ومقعد الا ان يكون أحدهم ذا رأى فى الحرب أو ملكا) فحينئذ يقتل والضمير فى أحدهم للمذكورين والصبى والمجنون اذا قاتلا فى الحرب جملا ذا رأى وقتلا وخالفنا الشافعى فى الشيخ والمقعد والاعمى ومن يجن ويفيق كالصحيح فى حال افاقته وكذا لا يقتل مقطوع اليد والرجل من أى جانب كان ولا مقطوع اليد اليمنى خاصة ويقتل أقطع اليد اليسرى أو احدى الرجلين وان لم يقاتل أحدا كذا فى كفاية البيهقى

تقييده بما اذا لم يوجد منه القتال أو الصياح وكذا ينبغي تقييده أيضا بمن لا يتأتى منه الاحبال كالشيخ الفاني (قوله وقتل أب مشرك) بالجر عطفا على اخراج امرأة لا على امرأة حموي عن شرح ابن الحلبي (قوله ومن في معناه كالام والجد) أشار بهذا الى ان المراد بالاب الاصل وان علا وأقول لا حاجة الى ذكر الام هنا للنهي عن قتل النساء مطلقا وان كن أجانب (قوله ولا يمكنه دفعه الا بقتله) لانه اذا جاز قتل الاب المسلم دفعا عن نفسه فالاب الكافر أولى ولهذا له ان يؤثر حياة نفسه على حياة أبيه بان كان عنده من الماء ما يكفي أحدهما فله ان يشربه وان كان أبوه يموت عطشا زيلعي (قوله لان له ان يبدأ بقتل أخ مشرك) وكذا له ان يبدأ بقتل ابنه الكافر لانه لا يجب احياؤه ولهذا لا يجب عليه نفقة ابنه المحارب عيني (قوله وغيره من المحارم) كالعم لانهم ليسوا كالاصول الا ترى انه لا يجب عليه نفقتهم مع اختلاف الدين بخلاف أخيه الباغي حيث لا يجوز له قتله زيلعي لاتحاد الدين (قوله وليأب الابن) واما في الرجم في الزنى فلا بأس اذا كان أحد الشهود هو الولد بأن يرمي ولكن لا يقصد القتل حموي عن النهاية وأقول تعبيره بلا بأس يفيد ان الاولى ترك الرمي مع انه سبق ان بداءة الشهود شرط الا ان يقال كلمة لا بأس هنا خرجت عن أصل وضعها (قوله ليقتله غيره) ولا ينبغي ان ينصرف عنه ويتركه فان لم يكن ثمة غيره قتله (فرعان) لا بأس بحمل رأس المشرك اذا كان فيه غيظ لهم أو فراغ قلب للمسلمين بأن كان المقتول من قوادهم أو عظمائهم وقد حمل ابن مسعود يوم بدر رأس أبي جهل وألقاها بين يديه عليه الصلاة والسلام فقال عليه السلام الله أكبر هذا فرعوني وفرعون أمتي كان شره علي وعلى أمتي أعظم من شر فرعون على موسى وأمته (الثاني) لا بأس بنبش قبورهم طلبا للمال وكذا قبور أهل الذمة كما في الخانية يعني ولم يكن للذمي الذي نبش قبره لاخراج ما فيه من المال وارث نهر واعلم ان أول رأس طيف به في الاسلام رأس الحسين حموي قال ولما أنهى الكلام على كيفية القتال شرع يبين ما يعرض أثناء ذلك من صلح أو أمان فقال ونصالحهم أي نعاهدهم على ترك الجهاد أي مدة كانت لانه جهاد معنى (قوله بأن نأخذ منهم) لو أبقى المتن على اطلاقه لكان أولى لانه كما يجوز على مال نأخذه فكذا على مال ندفعه عند خوف الهلاك ولو حاصر الكفار المسلمين وطلبوا الصلح بمال يأخذونه من المسلمين لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة للمسلمين وفي الحديث ليس للمسلم ان يذل نفسه الا اذا خاف الهلاك لان دفعه بأي طريق أمكن واجب درر وزيلعي والدنية بمعنى النقيصة عناية قيل في هذا التعميم يعني التعليل بأن دفعه بأي طريق أمكن واجب شبهة وهي انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر أو بقتل غيره أو بالزنى فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيها بصبره عنها كان شهيدا وأجيب بأن المعنى بأي طريق يمكن سوى الامور التي رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها وأقول واجب يعني ثابت فتندفع به كذا في العناية وفيه نظر لما في كتاب الاكراه من تصريحهم بأنه اذا أكره على قتل غيره أو على الزنى لا يرخص ثم ظهر ان المراد بقتل الغير أي قتله بطريق الدفع بأن قصد قتله ولا يمكنه دفعه عن نفسه الا بقتله ويراد بالزنى التمكين بأن أكرهت امرأة على التمكين منه بالملجئ فانه يرخص لها اذ لا ينقطع نسب الولد عنها بخلاف الرجل كما في الزيلعي من كتاب الاكراه والحاصل ان القتل بطريق الدفع بأن قصد قتل غيره ولم يمكنه دفعه عن نفسه الا بقتله ليس بواجب بل تعبير الشارح بلا بأس حيث قال اما اذا قصد أحدهم قتله ولا يمكنه دفعه الا بقتله فلا بأس به يفيد ان الاولى له الصبر بخلاف من شهر على المسلمين سيفا حيث يجب قتله (قوله لم يجز) لانه يكون تركا للجهاد صورة ومعنى (قوله فهو غنيمة) يخمس ثم يقسم الباقي بين الغانمين (قوله وننبذ لو خيرا) لان المصلحة لما تبدلت كان النقض جهادا ويكون النبذ على الوجه الذي كان الامان فان كان منتشرا يجب أن يكون النبذ كذلك وان كان غير منتشر بأن أمنهم واحد من المسلمين سرا يكتفي بنبذ ذلك الواحد على قياس الاذن بالحجر هذا اذا صالحهم مدة فرأى نقضه قبلها واما اذا مضت المدة بطل الصلح بمضيها فلا

(و) نهينا عن (قتل أب مشرك) ومن في معناه كالام والجد أي نهينا ابتداء اما اذا قصد احدهم قتله ولا يمكنه دفعه الا بقتله فلا بأس به وانما قيد بالاب لان له ان يبدأ بقتل أخ مشرك وغيره من المحارم سوى الابوين وان علوا (وليأب الابن) عن قتل أبيه ان أدركه (ليقتله غيره) واعلم انه لو قال فليأب بالفاء لكان أولى (ونصالحهم ولو) كان الصلح (بمال) بأن نأخذ منهم مالا (ان كان) الصلح (خيرا) لضعفنا وشوكتهم هذا اذا كان لنا حاجة وان لم يكن لنا حاجة لم يجز وما أخذ يصرف في مصارف الخراج ولا خمس فيه اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا اما اذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة (وننبذ) أي ننقض العهد

نبذ اليهم ولو كان الصلح على جعل فنقضه قبل مضى المدة رده عليهم بحصته عينى ثم بعد النبذ لا يجوز قتالهم حتى يمضى عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته حتى لو كانوا خربوا حصونهم للامان وتفرقوا فى البلاد فلابد ان يعودوا الى مامنهم ويعمروا حصونهم كما كانت نهر توقيا عن الغدر وهو أى النبذ من باب ضرب حموى عن المصباح (قوله مع ارسال العلم اليهم) لئلا يكون غدرا (قوله ونقاتل بلا نبذ) أى اعلام فالنبذ هنا بمعنى الاعلام بخلافه فى قوله ونبذ لو خيرا فانه بمعنى النقض (قوله لو خان ملكهم) لان النبذ لنقض العهد وقد انتقض بالخيانة منهم عينى وأطلق فى ان العهد ينتقض بخيانته فعم مالو كانت بقتاله بنفسه أو بقتال جماعة ذى منعة باذنه فلو كان بدون اذنه انتقض فى حقهم فقط در (قوله والمرتدين بلامال) اذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار حرب تنوير لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا فيه اذا كانت فيه مصلحة وانما لم يؤخذ منهم مال لانه يشبه الجزية وهى لا تقبل منهم فكذا هذا عينى وكذا يجوز الصلح مع البغاة على ترك القتال مدة لينظروا فى أمرهم لانه ترك القتال لمصلحة فجاز كما فى حق أهل الحرب درر واعلم ان المرتدين عطف على الضمير المنصوب فى نصالحهم حموى (قوله فان أخذ لا يرد عليهم) لانه غير معصوم بخلاف أخذه من بغاة فانه يرد بعد وضع الحرب أوزارها درعن الفتح لا يقال ما فى الدرر من قوله ونصالح المرتدين والباغين بلامال ولا رد ان أخذنا لان فى الرد عليهم معونة لهم على القتال صريح فى التسوية بين ما يؤخذ من المرتدين والباغين وليس كذلك لما نقله من قوله بخلاف مالو أخذ من اهل البغى حيث يرد عليهم بعد وضع الحرب أوزارها لانه ليس فيئا لا قبله لانه اعانة لهم انتهى لانا نقول تعليله يفيد ان المراد نفى رده لكون عونا لهم على قتالنا فليس فيه ان الاخذ يكون للاستيفاء الشيخنا (قوله ولم نبع سلاحا منهم) وكذا الخيل والحديد لما فيه من تقويتهم على الحرب وكذا الرقيق لانهم يتوالدون فيعودون حربا علينا زيلعى بخلاف القماش والطعام حيث يجوز استحسانا بالنص وهو أمره عليه السلام ثمامة بضم الثاء المثلثة ان يمير أهل مكة وهم حرب عليه اى على النبى عليه السلام وقوله يمير من مار أهله أتاهم بالميرة وهى الطعام كذا فى البناية والقياس ان لا يجوز وعلى ماهو الاستحسان ما يفعله وزراء مصر الآن من بيع الحنطة من أهل جزيرة كندية جائز الا انه ينبغى ان لا يفتى بجواز ذلك خشية ارغبة فى البيع منهم بحيث يضيق الحال بأهل مصر على انه لو أفتى مفت بما هو القياس من عدم الجواز لم يبعد ان يكون صوابا وقد يقال محل الجواز فى غير زمن مقاتلتنا لهم قال البرجندى وكما لا تباع تلك الاشياء يعنى السلاح ونحوه منهم لا يملكونها بوجه من الوجوه وانما خص البيع بالذكر لانه السبب الغالب فى تمليك الاشياء انتهى ولم أر حكم اعارة ذلك منهم أو ايداعه أو استئجارهم ذلك والظاهر عدم الجواز أخذا من تعليل ذلك بتقويتهم حموى ولو جاء الحربى بسيف فاشترى مكانه قوسا أو رمحا لم يترك ان يخرج به وكذا لو استبدل به سيفا خيرا منه نهر (قوله لا قبل الصلح ولا بعده) لانه على شرف النقض أو الانقضاء زيلعى (قوله من أمنه حر الخ) لخبر أبى داود المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم ويرد عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى الجملة الاولى ان دية الشريف لا تزيد على دية الوضيع والثانية ما نحن فيه وادناهم اى اقلهم عددا وهو الواحد والثالثة ان الابعد منهم يرد النفقة عليهم وذلك ان العسكر فى دار الحرب اذا اقتطع الامام منهم سرايا ووجهت للاغارة فاغتنمت جعل لها ما سمى من الغنيمة ويرد ما بقى لاهل العسكر والرابعة انهم عضو واحد على من سواهم من الملل نهر وأطلق فى الامان فعم الصريح كأمنت او لا بأس عليك اولكم عهد الله وذمته أو واعت والكناية كتعال اذا ظنه أمانا وعم مالو كان بالاشارة بالاصبع الى السماء أى اعطيتكم ذمة اله السماء وعم أى لغة كانت وان كانوا لا يعرفونها بعد معرفة المسلمين ذلك ويشترط سماعهم ذلك فلا أمان لو كان بالبعد منهم تنوير ويدخل فيه اولاد الابناء لا أولاد البنات ولو طلب الامان لاهله لا يكون امنا بخلاف ذراريه نهر وتوقف السيد الحموى فى وجه الفرق بينهما فقال فليحرر انتهى وعم مالو كان الذى

امنه

كان النبذ
مع ارسال العلم اليهم (لو
خيرا) للمسلمين (ونقاتل) أهل الحرب
الذين صالحناهم (بلا نبذ لو خان
ملكهم) وكان ذلك باتفاقهم (والمرتدين
بلامال) أى نصالح المرتدين على ترك
قتالهم مدة معلومة من غير ان نأخذ
منهم مالا (فان أخذ) منهم مال مع انه
لا يجوز (لا يرد) عليهم (ولم نبع سلاحا
منهم) مطلقا الا قبل الصلح ولا بعده
(ولم نقتل من أمنه حر أو حرة) منا
وذلك ان كان بالغا عاقلا اما الصبى
الذى لا يعقل فلا يصح أمانه وان كان
يعقل نظر ان كان محجورا عن القتال
فهو كالعبد وان كان مأذونا قيل
لا يصح والاصح انه يصح (ونبذ لو شرا)
يعنى لو أمن واحد من الجيش أهل
حصن وفيه مفسدة نبذ الامان
ونؤدبه

امنه واحدا او جماعة او أهل حصن او أهل مدينة حتى لم يجز لاحد من المسلمين قتلهم حموى ولو أغار عليهم قوم آخرون من المسلمين فقتلوا الرجال وسبوا النساء والذرارى والاموال وقسموا ذلك وجاؤا بالاولاد منهم ثم علموا بالامان فعلى القاتل دية المقتول وترد النساء والاموال الى أهاليها يعنى بعد ثلاث حيض وفى هذه المدة يوضعن على يد عجوز ثقة وعلى الواطئ الصداق والاولاد احرار مسلمون تبعا للاب نهر (قوله وبطل أمان ذمى) لانه متهم بهم الا اذا أمره امير العسكر ان يؤمنهم فيجوز لزوال ذلك المعنى زيلعى (قوله واسير وتاجر) لانهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والامان يكون من الخوف عينى ومحل البطلان فى حق المسلمين وأما فى حق نفسه فصحيح وفى الخانية العبد المسلم اذا خدم مولاه الحربى فى دار الحرب كانت خدمته امانا له نهر (قوله وعبد محجور) لانه تصرف على المولى وانه لا يعرى عن احتمال الضرر عينى (تتمة) يصح امان المريض او الشيخ الفانى لانه من أهل القتال بمال او رأى حموى عن البرجندى وفى البحر عن المحيط حربى دخل دارنا بغير امان فهو فى لجماعة المسلمين أخذ قبل الاسلام او بعده عند أبى حنيفة

(باب الغنائم وقسمتها)

الغنيمة اسم لمال مأخوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة والفيء ما أخذ منهم من غير قتال بعد ما تصير الدار دار اسلام كالخراج والجزية وحكم الاول ان يخمس وباقيه للغانمين وحكم الثانى ان يكون لكافة المسلمين ولا يخمس حموى (قوله أى قهرا) كذا فى الهداية وهذا كما فى شروح الهداية ليس معنى العنوة حقيقة لانها من عنا يعنو ذل وخضع وهو لازم وقهرا متعد أى فعله وانما المعنى فتح بلدة حال كون اهلها ذوى عنوة أى ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم حموى وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد وما فى البحر عن القاموس العنوة القهر قال وبه اندفع ما فى شروح الهداية تعقبه فى النهر بانه لا يصلح دافعا الا لو كان معنى حقيقيا له وليس فى القاموس ما يعينه لان صاحب القاموس لا يميز بين المعنى الحقيقى والمجازى بل يذكر المعانى جملة انتهى واعلم ان ما سبق من جعل عنوة حالا لا يتعين بل يجوز ان يكون نصبا على التمييز وعليه اقتصر العينى (قوله خمسها وقسم) يلزم على هذا المزج حذف المعطوف عليه واداة العطف وهو لا يجوز حموى قال وانما سكت المصنف عن اخراج الخمس لانه سيصرح به فى الفصل الثانى (قوله وقسم الباقى بيننا) اقتداء بفعله عليه الصلاة والسلام فى خيبر ولو كان فيما أصابوه مصحف فيه شئ من كتب اليهود والنصارى لا يدرى أفيه شئ من الكتب السماوية او كفر لا يدخله الامام الغنيمة للقسمة مخافة ان يقع فى سهم رجل فيبيعه من المشركين وذلك مكروه ولا ينبغى ان يحرق مخافة ان يكون فيه شئ من اسماء الله تعالى وكذا المصحف اذا خلق بحيث لا يقرأ فيه لا يحرق بالنار بل ان امكن ان ينتفع بورقه بعد المحو بالغسل بان كان مكتوبا على جلد فعل وان لم يمكن دفن فى محل لا يتوهم وصول الكفرة اليه نهر عن التتارخانية (قوله او أقر اهلها الخ) طابت بذلك نفس الغانمين او لم تطب حموى اقتداء بعمر حين فعل كذلك بسواد العراق بموافقة الصحابة ولم يحمد من خالفه منهم قال عمر والذى نفسى بيده لولا ان اترك الناس ببانا ليس لهم من شئ ما فتحت قرية الا قسمتها كما قسم عليه السلام خيبر ولكننى اتركها خزانة لهم فيقسمونها رواه البخارى أى اتركهم شيئا واحدا لانه اذا قسم البلاد المفتوحة على الغانمين بقى من لم يحضر القسمة ومن يجئ بعد من المسلمين بغير شئ فلذلك تركها فتكون بين جميعهم والمعنى لاسوين بينهم فى ذلك حتى يكونوا شيئا واحدا الافضل لاحد على غيره وقوله ببانا ببائين موحدتين مع تشديد الثانية وآخره نون وقيل الاول هو الاولى عند حاجة الغانمين والثانى عند عدم الحاجة ليكون عدة للنوائب وهذا فى العقار وأما المنقول وحده فلا يجوز المن به عليهم لانه لم يرد فى الشرع زيلعى وقوله ولم يحمد من خالفه يريد نفرا يسيرا منهم بلال صح انه دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفنى بلالا وأصحابه فما

(وبطل أمان ذمى وأسير وتاجر) دخل عليهم ومسلم أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا (وعبد محجور عن القتال) عند أبى حنيفة وقال محمد والشافعى وزفر يصح وأبو يوسف مع محمد فى رواية الكرخى ومع أبى حنيفة فى رواية الطحاوى وانما قيد بالمحجور لانه لو كان مأذونا يصح أمانه اتفاقا

(باب الغنائم وقسمتها)

(ما فتح الامام) من الاراضى التى للكفار (عنوة) أى قهرا وغلبة وهو بالخيار ان شاء (خمسها و) (قسم) الباقى (بيننا) أى بين المسلمين الغانمين (أو أقر أهلها) عليها (ووضع الجزية) على جماجمهم أى رؤسهم (والخراج) على أراضيهم

حال الحول ومنهم عين تطرف أي ماتوا جميعا ولقائل ان يقول لا نسلم ان أحدا من الصحابة بل أكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله عليه السلام اذ لم يصل الى حد الاجماع والجواب عنه من وجهين أحدهما ان فعل النبي عليه السلام اذا لم يعلم انه عليه الصلاة والسلام على أي وجه فعله يحمل على أدنى منازل أفعاله وهو الاباحة وحينئذ لا يستوجب العمل لا محالة فاذا ظهر دليل الصحابي جاز ان يعمل بخلافه والثاني انه على تقدير انه عليه السلام فعل ذلك وجوبا فان عمر فعل ما فعل مستنبطا من قوله تعالى والذين جاؤا من بعدهم بعد قوله تعالى ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى فيكون ثابتا باشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الامام كالواجب المخير في خصال الكفارة ففعل عليه السلام أحدهما وعمر الآخر عناية وفيه نظر سيأتي وجهه (قوله وقال الشافعي تقسم الاراضي ولا تترك في أيديهم بالخراج) لانهم ملكوها بالاستيلاء فلا يجوز ابطال ملكهم او حقهم الا ببدل يعدله والخراج لا يعدله لقلته بخلاف المن على الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم بالقتل اصلا فبالعوض القليل أولى ولنا انه عليه السلام فتح مكة عنوة ومن بها على اهلها ولم يقسمها بين الغانمين والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لما اشتد القتل عليهم من أغلق بابه فهو آمن ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن فلو كان فتحها بالصلح لحصل الامان بذلك لا بما ذكرناه والخراج وان قل في الحال فهو أكثر في المآل فالقليل الدائم خير من الكثير المنقطع زيلعي ومن هنا يعلم سقوط ما سبق من قوله ولقائل ان يقول لا نسلم ان احدا من الصحابة الخ وعدم الحاجة لما تكلفه في العناية من الجواب (قوله بقدر ما يتهيأ لهم من العمل) يعني الى ان تخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق حموي اعلم ان للامام ان ينقلهم منها و ينزل قوما آخرين و يضع عليهم خراج الارض وعلى أنفسهم الجزية لو كانوا كفارا ولو كان القوم الآخرون مسلمين لا يوضع عليهم الا العشر لانه ابتداء وضع على المسلمين درر (قوله وقتل الاسرى) جمع أسير وهو الاخيذ والمقيد والمسجون ويجمع على أسارى أيضا وقد صح انه عليه الصلاة والسلام قتل مقاتل بني قريظة واسترق ذراريهم وليس له فيهم أسلم لا يسترق لان قتله او وضع الجزية عليه بعد اسلامه لا يجوز بخلاف ما اذا أسلم قبل الاستيلاء حيث لا يجوز استرقاقه لانه صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ حموي عن الغاية قال وقوله قتل معطوف على أحد الامرين باكير وقال الرازي معطوف على قسم معناه ان الامام مخير بين ثلاثة أمور (قوله ان شاء) أي الامام اما الغازي فليس له ان يقتل أسيرا اذ قد يرى الامام المصلحة في استرقاقه وليس له ان يفتات عليه فلو قتله بلا ملجئ الى قتله بان خاف من شره عزر اذا وقع على خلاف رأيه غير انه لا يضمن شيئا نهر و بحر عن الفتح وقوله بان خاف من شره تصوير للنفي لا للمنفي حتى لو قتله خوفا من شره لم يعزر (قوله او استرق) الاسترقاق لا يخص الرجال بل يعم النساء والذراري حموي (قوله ذمة لنا) أي اهل ذمة بان يضع عليهم الجزية والخراج والذمة العهد فان نقضه يوجب الذم و يفسر بالضمان والامان وانما قيل للمعاهد ذمي لانه أمن على ماله ودمه بالجزية حموي (قوله غير مشركي العرب والمرتدين) أما هما فلا يقبل منهما الا الاسلام أو السيف حموي (قوله وحرم ردهم) لا يخفى ان الرد اما ان يكون بعوض وهو الفداء او بغير عوض وهو داخل في المن فلا حاجة الى ذكره برجندي واقول مثل هذا لا يعترض عليه لان اصحاب المتون كالوقاية والكنز مقصودهم مزيد الايضاح فلا يعترض عليهم بحكم صرحوا به مع استفادته من غيره دلالة حموي (قوله والفداء) بالكسر والمد وبالفتح مع القصر حموي مصدر فداه استنقذه والفدية المال والمفاداة بين اثنين يقال فداه اذا اطلقه وعن المبرد المفاداة ان تدفع رجلا وتأخذ رجلا والفداء ان تشتريه وقيل هما بمعنى نهر عن المغرب وذكر نوح افندي عن الصحاح ان الفداء اذا كسر اوله يمد و يقصر واذا فتح فهو مقصور راخ وانما يحرم الفداء بعد تمام الحرب اما قبله فيجوز بالمال للحاجة قال في الشرنبلالية والحاجة عند قيام الحرب لا قبله واقول ظاهر كلام الزيلعي ان الحاجة لاخذ المال لا تتقيد بما قبل الفراغ من الحرب وهو الظاهر

وقال الشافعي تقسم الاراضي ولا تترك في أيديهم بالخراج وهذا في العقار اما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد عليهم بالاتفاق وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم من العمل (وقتل الاسرى) ان شاء أي غير الذين نهينا عن قتلهم وهذا اذا لم يسلموا وأما اذا أسلموا فلا يقتل (أو استرق أو تركهم أحرارا ذمة لنا) غير مشركي العرب والمرتدين (وحرم ردهم الى دار الحرب والفداء) أي لا نأخذ منهم فدية عن ابدال الاسارى التي في ايدي المسلمين مطلقا أي لا نأخذ مالا

ايضا من قول الشارح فيما سيأتي وقال محمد لا بأس بأخذ المال الخ وبه صرح في النهر بقي ان يقال تقييده
جواز الفداء بالمال بما اذا كان للمسلمين حاجة يقتضي ان المراد بالفداء ما يأخذه المسلمون من المال
بمقابلة الاسارى التي في ايدي المسلمين وماذكره العلامة نوح افندي معزيا للينابيع والحدادي في شرح
القدوري حيث قال اما حرمة الفداء بالمال فلان فيه عونا لهم على المسلمين اذ المراد به هنا ماله اختصاص
بالحرب كالسلاح والخيل لا ما ليس له اختصاص به كالدراهم والدنانير والثياب فان الفداء به جائز الخ
يقتضي كون المراد بالفداء استنقاذ اسارى المسلمين بمال ندفعه فتحصل من كلام نوح افندي مع
ماقدمناه ان رد اسارى الكفار بمال نأخذه يجوز ان كان للمسلمين حاجة مطلقا سواء كان ما اخذناه من
المال مما له اختصاص بالحرب أولا بخلاف استنقاذ أسارى المسلمين بمال ندفعه فانه على التفصيل
الذي ذكره نوح افندي (قوله ولا أسيرا مسلما) هذا هو احدى الروايتين عن الامام وعنه انه يجوز
وبه قالا غير ان أبا يوسف يجوزه قبل القسمة لا بعدها ومحمد يجوزه بكل حال وبالرواية الثانية قال العامة
وفي الدراية عن السير الكبير انها أظهر الروايتين عن الامام اذ تخليص المسلم اولى من قتل الكافر
وجه الاولى ان فيه معونة للكفر لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابهم خير من استنقاذ المسلم لانه اذا
بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه فقط وقالوا واسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير لانه لا يفيد الا اذا
طابت نفسه به وكان مأمونا على اسلامه ولا خلاف ان المفاداة بالنساء لا تجوز نهر (قوله وهو قول
الشافعي) ظاهره ان الشافعي لا يقول بجواز الفداء بأخذ المال بل بأخذ اسارى المسلمين فقط وهو خلاف
صريح كلام الزيلعي ونصه وقال الشافعي يجوز مطلقا يعني الفداء بأخذ المال وكذا في مفاداة اساراهم
بأسرى المسلمين يجوز عنده انتهى وقوله مطلقا يعني سواء كان للمسلمين حاجة الى أخذ المال أم لا (قوله اذا
كان للمسلمين حاجة) ظاهر اطلاقه ان الفداء بالمال يجوز عند محمد وعند الحاجة سواء كان بعد الفراغ
من الحرب ام لا كما سبق ويخالفه ما في الدرر كالشرنبلالية من تقييد الحاجة بما قبل الفراغ وايضا
ظاهر كلام الدرر يفيد جواز الفداء بالمال قبل الفراغ من الحرب عند الكل لعدم عزوه المسئلة لمحمد
ويوافق ما في الشارح والزيلعي من عدم التقييد بما قبل الفراغ قوله في السير الكبير لا بأس به اذا كان
بالمسلمين حاجة قال في النهر وهذا ظاهر في عدم الفرق بين ان يكون ذلك قبل وضع الحرب اوزارها أو
بعده انتهى (قوله وقال الشافعي يجوز المن) له على جواز المن والفداء قوله تعالى فشدوا الوثاق
فاما منا بعد واما فداء واخذه عليه الصلاة والسلام يوم بدر المال فداء عن انفسهم قلنا نسخ ذلك كله بآية
السيف لان المن والفداء مذكور في صورة محمد وهي بمكة وآية السيف نزلت في سورة براءة وهي آخر سورة
نزلت وعوتب عليه الصلاة والسلام على الاخذ يوم بدر بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق الآية فجلس
عليه السلام وأبو بكر يبكيان وقال عليه السلام لو نزل من السماء عذاب لما نجا الا عمر وكان قد امر بقتلهم
دون أخذ الفداء منهم زيلعي (قوله وحرم عقر مواش) وهو قطع عراقيبها لانه مثلة عيني (قوله فتذبح)
لان ذبحها لغرض صحيح جائز وهو هنا كسر شوكتهم واعدامهم هذه المنفعة وتحرق بعده قطعا لمادة
الانتفاع ولا تحرق ابتداء لقوله عليه الصلاة والسلام لا يعذب بالنار الا رب النار قال السيد الحموي وأقول
هذا يرد على ما تقدم من جواز حرق أهل الحرب عند قتالهم انتهى قلت ولهذا ذكر العيني ان المراد حرق دورهم
وأمتعتهم وكذا الاسلحة ونحوها تحرق بالنار وما لا يحرق منها يدفن في موضع لا يقفون عليه
وفي التتارخانية مات نساء مسلمات في دار الحرب وهم يطأون الاموات وسعنا حرقهن وفي المحيط لو وجد
المسلمون حية أو عقربا في دار الحرب لا يقتلونها بل ينزعون ذنب العقرب وانياب الحية نهر قطعا للضرر عنا
بلا قتل ابقاء للنسل ونترك صبيانهم ونساءهم اذا شق الاخراج في أرض خربة حتى يموتوا جوعا وعطشا لانهى
عن قتلهم ولا وجه الى ابقائهم وتكسر أوانيهم وتراق أدهانهم مغايظة لهم اذا شق اخراجها در ثم ما سبق من
ترك الصبيان والنساء بارض خربة الخ ذكره الولوالجي لكن استبعده في الفتح بأنه قتل بما هو اشد من

ولا أسيرا مسلما وقالا نأخذ بهم أسارى المسلمين وهو قول الشافعي وقال محمد لا بأس بأخذ المال فداء اذا كان للمسلمين حاجة (و) حرم (المن) على الاسارى وهو ان يطلقهم مجانا وقال الشافعي يجوز المن (و) حرم (عقر مواش شق اخراجها) من دار الحرب خلافا لمالك (فتذبح) خلافا للشافعي (وتحرق)

القتل المنهي عنه اللهم الا ان يضطر والى ذلك بسبب عدم الحمل وتعجب منه في البحر بأن الولوالجي صرح بالقيد المذكور (قوله وحرم قسمة الغنيمة في دارهم) لنهيه عليه السلام عن بيع الغنائم في دار الحرب والقسمة بيع معنى ولانها تعتمد الملك ولا ملك قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا (قوله لا الايداع) لانه لا يفيد الملك اجماعا فللامام ان يفعل ذلك بلا رضاهم ان لم يجد حمولة في بيت المال قراحصاري وقوله بلا رضاهم يعني اذا أبوا أجبرهم على ذلك بأجر المثل في رواية السير الكبير لانه دفع ضرر عام بضرر خاص بأن يقول الامام هذا وديعة عندك لتحمله الى دار الاسلام ثم اذا بلغ دار الاسلام يرتجعها فيقسمها بينهم حموي وفي رواية أخرى لا يجبرون فان كان بحال لو قسمها اقدر كل واحد على حمله قسم وان كانوا لا يقدرون فهو ماشق وسبق حكمه (قوله مطلقا) أي سواء كانت قسمتها للايداع قبل انهزام المشركين أو بعده شيخنا (قوله وقال الشافعي لا بأس بقسمتها في دار الحرب الخ) بناء على ان الملك ثم يثبت قبل الاحراز عنده وعندنا لا يثبت ولهذا قلنا ان الردء قبله يشارك العسكر ولا يثبت نسب ولد امة من السبي ويجب عقرها ويقسم الكل أي الامة والولد والعقر بين الغانمين بحر ولا ضمان على من أتلف منها شيئا نهر وهو باطلاقه شامل لما لو كان المتلف أجنبيا بأن لم يكن من الغانمين ولا يورث نصيب من مات قبله أما بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فيثبت الملك فتجوز القسمة ويجري فيه الارث ويضمن المتلف الا انه لو أعتق واحد من الغانمين عبدا لا ينفذ اعتاقه استحسانا لان نفاذه يتوقف على الملك الخاص ولا يتحقق ذلك الا بالقسمة وأما الموجود قبل القسمة فملك عام وانه لا يحتمل الاعتاق اه من البدائع وفي المحيط لو وطىء الامام جارية لا يحد ويؤخذ منه العقران وطئها في دار الاسلام دون دار الحرب قال في النهر وهذا يخالف اطلاق ما مر قيل وهو الظاهر لان الوطء في دار الحرب لا يوجب شيئا ولو قسمت الغنيمة على الرايات فوقعت جارية بين أهل راية صح عتق آخذها واستيلاده ان قلوا لا ان كثروا والقليل مائة وقيل أربعون قال السرخسي والاولى ان توكل اي القلة والكثرة الى اجتهاد الامام الخ (قوله فان قسمها في دار الحرب نفذت قسمتها) في قولهم لانه قضاء في مختلف فيه وكذلك البيع في دار الحرب ذكره الطحاوي ثم قال هذا أي عدم جواز القسمة ليس على اطلاقه لقولهم اذا فتحها الامام وأجرى فيها حكم الاسلام فلا بأس بالقسمة حموي (قوله أما اذا أدى اجتهاده الخ) أو لحاجة الغزاة (قوله جاز اتفاقا) يعني وفيه الكراهة تحريما عنده وتنزيها عندهما حموي عن القراحصاري ويخالفه ما نقله هو عن المفتاح حيث قال وعن أبي يوسف ان الامام اذا قسمها فيها أي دار الحرب جاز انتهى لانه جعل الجواز رواية عن أبي يوسف فاستفيد منه ان المذهب عندهما عدم جوازها أي عدم الحل كمذهب الامام (قوله وقيل مذهبنا كراهة القسمة الخ) والى هذا يشير تعبير المصنف بحرم (قوله لا بطلانها) استفيد من حكايته عدم البطلان بقيل ان منهم من يقول به أي بالبطلان وعدم الصحة وبه جزم الزيلعي حيث قال ومنها أي مما يتفرع على الاصل المختلف فيه وهو ان الملك هل يثبت قبل الاحراز أم لا ما لو قسم الامام الغنيمة لا عن اجتهاد ولا لحاجة الغزاة لا يصح عندنا وعنده يصح الخ اذا علم هذا وعرف ان المسئلة مختلف فيها فمنهم من قال بالكراهة ومنهم من قال بعدم الصحة فلا وجه لما في النهر حيث قال ولو عبر أي المصنف بلا يصح لكان أولى لما استقر من انه لا يلزم من ثبوتها أي الحرمة نفي الصحة والواقع انها لا تصح أيضا انتهى (قوله وحرم بيعها قبله) للنهي عنه في الحديث ولانه قبل الاحراز بالدار لم يملك وبعده نصيبه مجهول جهالة فاحشة فيرد البيع رفعا للفساد وان لم يمكن رد ثمنه للغنيمة ولا فرق بين بيع الامام أو غيره در لكن في الشرنبلالية عن الفتح ما يخالفه حيث قال هذا ظاهر في بيع الغزاة وأما بيع الامام لها فذكر الطحاوي انه يصح لانه مجتهد فيه ولانه لا بد وان يكون لمصلحة رآها الخ هذا اذا كان البيع للتمول أما لو باع شيئا بطعام فانه يجوز جوهرة (قوله وشرك) مخففا أي اشترك ومشددا أي شرك الامام الردء والمدد للاستواء في سبب الاستحقاق وهو المجاوزة أو شهود الوقعة وانما ينقطع حق الشركة بالاحراز

و) حرم (قسمة الغنيمة في دارهم لا الايداع) مطلقا وقال الشافعي لا بأس بقسمتها في دار الحرب بعد تمام انهزام المشركين فان قسمها في دار الحرب نفذت قسمتها في قولهم وكذلك الغنائم ثم قيل موضع الخلاف في ترتيب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد اما اذا ادى اجتهاده هنا الى ذلك وقسمها جاز اتفاقا وقيل مذهبنا كراهة القسمة في دار الحرب لا بطلانها (و) حرم (بيعها قبلها) أي حرم بيع الغنيمة قبل القسمة خلافا للشافعي (وشرك الردء والمدد فيها) أي مع المقاتل في الغنيمة خلافا للشافعي ردءا مردءا اعانه والردء

أو بقسمة الامام أو بيعه الغنائم ولو ادّعى رجل بعد القسمة انه شهد الوقعة وأقام عدلين لم تنقض استحسانا و يعوض بقدر نصيبه من بيت المال بحر عن التتارخانية والفرق بين الردء والمدد ان الاوّل فعل بمعنى مفعول من ردأته بمعنى أعنته فهو اسم ما يعان به أى الذى أعين به وان لم يقاتل والثانى فعل بمعنى فاعل أى الممد والمعاون الذى أعاننا وصار ممدا كالذى قاتل فالاوّل محمول على ما كان معينا عند المجاوزة والثانى على من يلحق فى دار الحرب حموى عن قرا حصارى وقيل الردء الذين يخدمون المقاتلين وقيل هم الذين وقفوا على مكان حتى اذا ترك المقاتلون القتال قاتلوا وقوله فيها ان جعل الضمير لدار الحرب ففيه اشارة الى ان الامام لو فتح بلدة ثم لحق المدد لم يكن له شئ لانهم صاروا من دار الاسلام ولحوق المدد انما يعتبر فى دار الحرب حموى عن البرجندى (قوله بالكسر) أى بكسر الراء وسكون الدال بعدها همزة نهر (قوله وفى أحد قولى الشافعى له سهم) لانه شهد الوقعة وقال عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة و لان الجهاد قد وجد منهم بتكثير السواد فصاروا كالمقاتلين ولنا ان سبب الاستحقاق المجاوزة على قصد القتال ولم يوجد لانهم قصدوا التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو وان قاتلوا استحقوا السهم لانه بالمباشرة ظهر ان قصدهم القتال والتجارة تبع له فلا يضره كالحاج اذا اتجر فى طريق الحج لا ينقص أجره ومارواه موقوف على ابن عمر وهو محمول على انه شهدها على قصد القتال زيلعى وتحصل من كلامه ان قصد القتال يكفى لاستحقاق الغنيمة فى حق المقاتلة وان لم يوجد قتال بالفعل بخلاف السوقى حيث لا يستحق الا بالقتال وكذا الحربى اذا أسلم فى دار الحرب أو المرتد اذا أسلم ولحق بالجيش لا يستحق شيئا ان لم يقاتل بحر عن المحيط (قوله ولا من مات فيها) والحاصل ان الغازى اذا مات قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام لا يورث نصيبه سواء مات فى دار الحرب أو دار الاسلام وان مات بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام يورث نصيبه سواء مات فى دار الحرب أو دار الاسلام برجندى وفى شرح المجمع عن الحقائق ان الغنيمة لو قسمت ثمة كان بمنزلة الاحراز فيورث قال فى الشرنبلالية و ينبغى ان يكون كذلك اذا باعها الامام بدار الحرب لحصول الملك قال الحموى وفيه نظر للفرق الظاهر بين القسمة والبيع وأقول ماذكره فى الشرنبلالية بحثا صرح به فى التتارخانية كما فى البحر ونصه ثم اعلم ان من مات فى دار الحرب انما لا يورث نصيبه اذا مات قبل القسمة وقبل البيع اما اذا مات بعد القسمة أو البيع فى دار الحرب فانه يورث نصيبه كما فى التتارخانية انتهى (قوله مع الاحياء) اجنبى من الكلام فيتعين حذفه (قوله وينتفع الخ) لما روى عن عمر انه قال كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه رواه البخارى وهذا دليل على ان عادتهم الانتفاع بما يحتاجون اليه ولا فرق فى الطعام بين ان يكون مهيأ للاكل أولا حتى يجوز ذبح المواشى من البقر ونحوها ويردون جلودها الى الغنيمة وكذا الحبوب والسكر والفواكه الرطبة واليابسة وكل ما هو مأكول عادة وهذا الاطلاق فى حق من له سهم أو من يرضخ له منها ولو غنيا و يطعم من معه من الاولاد والنساء والمماليك وكذلك المدد لان له سهما فيها ولا يطعم الاجير ولا التاجر الا ان يكون خبز الحنطة أو طبيخ اللحم فلا بأس لانه ملكه بالاستهلاك وما لا يؤكل عادة لا يجوز تناوله كالادوية والطيب ودهن البنفسج وما اشبه ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام ردوا الخيط والمخيط زيلعى الا اذا حل بأحدهم مرض احتاج فيه الى استعماله نهر عن المحيط (قوله بعلف) ولو بالحنطة عند عدم الشعير (قوله وحطب للاحراق) قيد بالاحراق لان ما هو معد لاتخاذ القصاع والاقداح لا يباح استعماله حموى عن البرجندى (قوله للادهان) مقتضاه ان الدهن بالضم اسم عين فيناسب ما عطف عليه وما ذكره العينى من انه بالفتح غير مناسب ولهذا قال فى النهر والظاهر انه بالضم لتناسق المعطوفات انتهى ويوقحون دوابهم اذا احتاجوا اليه زيلعى والتوقيح تصليب حوافرها بالشحم المذاب اذا حفيت من كثرة المشى ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ قال صاحب المغرب والراء خطأ لان الاولى اولى والبق وتعقبه فى العناية بان ترك الاولى لا يسمى خطأ

بالكسر العون والمدد ما يمد به الشئ أى يزاد ويكثر ومنه أمد الجيش بمدد اذا أرسل اليه زيادة (الا السوقى) أى السوقى مع العسكر المقاتل لا يشارك فيها (بلا قتال) وفى أحد قولى الشافعى له سهم (ولا من مات) من الغانمين (فيها) أى فى دار الحرب بعد انقضاء الحرب مع الاحياء حتى لا يرثه وارثه وقال الشافعى من مات بعد استقرار الحرب (وبعد الاحراز) التركة يورث نصيبه (وبعد احراز الغنائم) أى من مات منهم (بدارنا يورث نصيبه وينتفع فيها) أى فى دار الحرب (بعلف) للدواب (وطعام) للاكل (وحطب) للاحراق (وسلاح) للاستعمال (ودهن) للادهان

(بلا قسمة) أي ينتفع بهذه الاشياء بلا قسمة بينهم ثم شرط الحاجة في السير الصغير حتى لو كان بلا حاجة يكره ويكره الانتفاع بالثياب والمتاع قبل القسمة بلا حاجة (ولا يبيعها) أي هذه الاشياء المذكورة التي يباح الانتفاع بها قبل القسمة حتى ان باعها أحدهم رد الثمن الى الغنيمة (وبعد الخروج منها) أي من دار الحرب (لا) يجوز الانتفاع (وما فضل) معه من العلف والطعام ونحوه مما من الاشياء المباحة (رد الى الغنيمة) وعن الشافعي لا يرد (ومن أسلم منهم) في دار الحرب (أحرز نفسه)

(قوله بلا قسمة) لقوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها نهر وفي قوله بلا قسمة اشارة الى انه لا يشترط لجواز الانتفاع بهذه الاشياء اذن الامام قراحصاري وهو مقيد بما اذا لم ينههم وأما مع النهي فلا يباح حموي عن البرجندي قال في البحر وينبغي ان لا يعمل نهيه في المأكول والمشروب اذا احتاجوا اليه (قوله ثم شرط الحاجة في السير الصغير) أي الفقر نهر ومنه يعلم ان ما في الشرنبلالية حيث جعل قوله في الدرر عند الحاجة قيدا في السلاح فقط باتفاق الروايات دون الطعام ونحوه غير مسلم على ان كلامه في شرح الدرر يفيد اعتبار قيد الحاجة حتى في الطعام ونحوه شيخنا (قوله ويكره الانتفاع بالثياب والمتاع الخ) كالسلاح والخيل رواية واحدة ففي النهر عن ايضاح الاصلاح لا خلاف في اشتراط الحاجة فيه (قوله بلا حاجة) فلو احتاج الكل الى السلاح والثياب قسمها حينئذ بخلاف السبي اذا احتيج اليه نهر لان حاجتهم للوطء أو للخدمة وكل ذلك من فضول الحوائج زيلعي (قوله ولا يبيعها) اي هذه الاشياء لانه لا ملك له وانما أبيح له التناول للضرورة فان بيعت قبل القسمة رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة وان كان بعدها يتصدق به أي بالثمن على الفقراء ان كان غنيا كذا في المحيط وفي التتارخانية اذا دخل العسكر دار الحرب فاصطاد رجل منهم صيدا من بر أو بحر أو أصاب عسلا في جبل أو جوهرا أو ذهبا أو فضة من معدن مما لا يملكه أهل الحرب فان جميع ذلك يكون مشتركا بينه وبين اهل العسكر فلا يختص به الآخذ فان كان الآخذ باعه توقف على اجازة الامام لانه بيع فضولي نهر ثم الامام ينظر في ذلك فان كان المبيع غير قائم أو كان الثمن انفع اجاز البيع ورد الثمن الى الغنيمة والا فسخ البيع واسترد المبيع وجعله في الغنيمة وهذا استحسان والقياس ان لا تعمل الاجازة بعد الهلاك ولو حش حشيشا واستقى ماء وباعه من العسكر جاز وطاب له الثمن بخلاف ما اذا اصطنع الخشب قصاعا حيث يأخذه الامام ويعطيه زيادة الصنعة بحر وانظر ما السر في تقييد هذه الاشياء بكونها غير مملوكة لاهل الحرب والظاهر ان التقييد به لبيان الواقع وانها ما دامت في معدنها فهي غير مملوكة لهم والا فالمانع من ثبوت الملك لهم اذا سبقت يدهم اليها (قوله رد الثمن الى الغنيمة) ظاهره ان البيع نافذ وليس كذلك لان نفاذه يتوقف على اجازة الامام ان كان المبيع قائما حموي ويمكن الجواب عنه بحمل كلامه على ما اذا كان المبيع غير قائم (قوله وبعد الخروج منها لا يجوز الانتفاع) لزوال المبيح وهو الضرورة نهر ولانها صارت للغانمين ولا يجوز أخذ المال المشترك الا باذن الشريك الآخر حموي (قوله وما فضل رد الى الغنيمة) لزوال الحاجة التي هي مناط الاباحة وهذا التعليل يفيد انه لو كان فقيرا اكله لكن بالضمان كما في المحيط هذا كله قبل القسمة أما بعدها فان كان غنيا وكانت العين قائمة تصدق بها او بقيمتها لو هالكة وان كان فقيرا انتفع بها نهر ولا شئ عليه ان هلك لانه لما تعذر الرد صار في حكم اللقطة عيني وقوله في النهر لزوال الحاجة لا يلائم ما تقدم من ان عدم اشتراط الحاجة هو الاستحسان حموي (قوله ومن أسلم منهم الخ) قبل أخذه فلو بعده فهو عبد لانه اسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه ولو بعد أخذ اولاده الصغار وماله احرز نفسه فقط بحر والحاصل ان هنا أربع مسائل احداها أسلم الحربي بداره ولم يخرج الينا حتى ظهرنا عليهم والحكم ما ذكره المصنف ثانيها خرج الينا مسلما ثم ظهر على الدار فجميع ماله هناك فيء الا أولاده الصغار لاسلامهم تبعا له والا ما اودعه مسلما أو ذميا لصحة يدهما ثالثها أسلم مستأمن بدارنا ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه حتى صغار ولده فيء لانقطاع العصمة وعدم تبعيتهم له في الاسلام بتباين الدارين رابعها دخل دارهم مسلم او ذمي بأمان واشترى منهم أموالا وولدا ثم ظهرنا على الدار فالكل له الا الدور والارضين فانهما فيء شرنبلالية عن الفتح (قوله في دار الحرب) قيد به للاحتراز عن المستأمن اذا أسلم في دارنا حيث لا يصير محرزا اولاده وماله باسلامه كما سيذكره الشارح حتى لو ظهرنا على داره كان ذلك فيئا لان تباين الدارين قاطع العصمة فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم أما في غير الاولاد فظاهر وأما فيهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا

من جملة الاموال وقوله فى النهر ولابد أيضا ان يقيد بكونه لم يخرج الينا فان خرج فظهرنا عليهم فجميع ماله فىء الا اولاده الصغار لانه حين أسلم كان مستتبعا لهم فصار وامسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنهم بالقتال فيقسم كذا فى الفتح اه تعقبه السيد الحموى بانه خطأ فاحش لانه يقتضى ان وديعته الكائنة عند مسلم اوذمى فىء وليس كذلك كما سيأتى فى كلام المصنف فى باب المستأمن حيث قال وان اسلم الحربى ثمة فجاءنا فظهرنا عليهم فولده الصغير حر مسلم وما اودعه عند مسلم اوذمى فهو له وغيره فىء ومن ثم قال الزيلعى فى باب المستأمن ان حكم المسئلتين واحد اذ الاسلام حصل فيهما فى دار الحرب فكل حكم عرف فى تلك فهو الحكم فى هذه واذا كان كذلك فأين يصح التقييد فضلا عن كونه لابد منه وأما ما استند اليه من كلام الفتح فأعجب عجيب لان صاحب الفتح بعد ان ذكر ان جميع ماله هناك فىء الا الاولاد الصغار وكان هذا موهما ان وديعته عند معصوم تكون فيئا دفع هذا بقوله وما أودع مسلما اوذميا فليس فيئا فأنت تراه كيف نظر الى صدر العبارة الموهم لما ادعاه ولم ينظر الى عجزها فكان كما قيل * حفظت شيئا وغابت عنك أشياء * انتهى (قوله اى حفظه فى الحرز) ذكر ضمير النفس على التأويل بالشخص والا فالنفس مؤنثة فسقط ما قيل من ان الصواب التأنيث (قوله اووديعة) عطف على لفظ كل حموى (قوله عند مسلم اوذمى) لانه فى يده حكما اذ يد المودع كيد المودع لانه عامل له فى الحفظ (قوله دون ولده الكبير) لانه غير تابع له نهر (قوله وزوجته) لما قلنا نهر (قوله وحملها) لانه بجزئها وان حكم باسلامه لانه يتبع خير الابوين دينا والمسلم محل للتملك تبعا لغيره فانه لو تزوج أمة الغير كان أولاده مسلمين أرقاء نهر (قوله وقال الشافعى ما فى بطنها مسلم باسلام أبيه) أى فلا يكون فيئا كالولد المنفصل زيلعى ونصه وقال الشافعى لا يكون الحمل فيئا لانه مسلم تبعا لابيه فلا يبتدأ بالرق كالولد المنفصل قلنا المسلم يسترق تبعا كولد الجارية من غير مولاها فكان هذا فى حق التبع بمنزلة البقاء والاسلام لا ينافى بقاء الرق بخلاف المنفصل لعدم الجزئية انتهى اذا علم هذا ظهر ان ما اعترض به السيد الحموى بقوله ليس هذا مناط الخلاف بيننا وبين الشافعى ساقط والحاصل ان كلام الزيلعى يؤخذ منه الجواب عما اعترض به الحموى خلافا لمن وهم فى ذلك (قوله ودون عقاره) وما فيه من زرع لم يحصد لانه فى يد أهل الدار نهر وهو صريح فى ان العقار يصدق بالضيعة (قوله وقيل هو قول أبى حنيفة وأبى يوسف) فأبو يوسف عنه روايتان وافق الشافعى فى احدى الروايتين فقال ان العقار له وأبا حنيفة فى الاخرى فقال انه فىء كذا ذكره شيخنا وصرح فى النهر بأن أبا يوسف مع الامام فى قوله الآخر وقد أشكل هذا على السيد الحموى فقال يتأمل فى اعادة أبى يوسف مع ما سبق واعلم ان مفهوم قوله وقيل هو قول أبى حنيفة وأبى يوسف يفيد ان محمدا يقول العقار كغيره من الاموال وبه صرح فى النهر وهذا الاختلاف يبتنى على ان اليد هل تثبت على العقار أولا (قوله ودون عبده المقاتل) وأمته المقاتلة وحملها لانه جزء الام در لانه بالقتال تمرد على مولاه فخرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وفى هذا خلاف الائمة الثلاثة والظاهر معهم لانه لم يخرج عن كونه ماله نهر عن الفتح (قوله وقيد بالوديعة لان ما غصب من ماله مسلم أوذمى بعد اسلامه يكون فيئا عند أبى حنيفة) قال شيخنا يتأمل فيه صحيح النظر وفقه المسئلة انه اذا غصب من ماله مسلم أوذمى فأسلم فظهرنا عليهم كان المغصوب فيئا عند أبى حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا لان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام بل هو محرم التعرض فى الاصل لكونه مكلفا ولهذا لم تصر متقومة بالاسلام واباحة التعرض كان لدفع شره وقد اندفع بالاسلام فلهذا لم يتعرض له بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك على ما كان وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى رواية ومع محمد فى أخرى قاله الزيلعى وكذا فى البحر وقول الزيلعى ولهذا لم تصر متقومة بالاسلام يعنى اذا قتل فى دار الحرب فلا قصاص ولا دية والحاصل ان الصواب فى كلام الشارح ابدال بعد بقبل وتحصل ان ما غصبه مسلم أوذمى

اى حفظه فى الحرز (وملغه وكل مال
معه أووديعة عند مسلم أوذمى دون
ولده الكبير وزوجته وحملها) وقال
الشافعى ما فى بطنها مسلم باسلام أبيه
(و) دون (عقاره) وقال أبو يوسف
والشافعى هو له وقيل هو قول أبى
حنيفة وأبى يوسف (و) دون (عبده
المقاتل) وانما قيد بدار الحرب لان
المهاجر الينا لا يصير محرزا أولاده وماله
باسلامه فى دار الاسلام وقيد بالوديعة
لان ما غصب من ماله مسلم أوذمى بعد
اسلامه يكون فيئا عند أبى حنيفة
وقيدنا بالغصب بعد الاسلام لانه
لو غصب قبل الاسلام ملكه الغاصب
مسلما كان أوذميا وانما قيد الوديعة
بكونها عند مسلم أوذمى

بعد اسلامه لا يكون فيئا بالاتفاق (قوله لانه اذا أودعه عند حربي يكون فيئا عند أبي حنيفة) لان يده ليست بمحترمة ولا صحيحة حتى جاز لنا التعرض لما ز يلعي وهذا ظاهر الرواية عن الامام وعنه انها له نهر وعلى ما هو الظاهر يرد ان ما قام مقام غيره فانما يعمل بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم فلما كان الحربي قائما مقام المودع المسلم كان الواجب ان تكون يده كيد المسلم وأجيب بأن قيام يد المودع على الوديعة حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبار الحكمي ان أوجب فاعتبار الحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك عناية والله أعلم

(فصل في كيفية القسمة) لما فرغ من بيان الغنيمة شرع في بيان قسمتها وأفردها بفصل لكثرة شعبها وهي جعل النصيب الشائع معينا نهر وهذا هو الصحيح وقال بعض الحساب هي تفريق أحد العددين بقدر ما في العدد الآخر من الآحاد يعني تفريق المال المقسوم على عدد آحاد المقسوم عليه وهذا لا يتأتى الا في الصحاح حموي عن البناية (قوله للراجل) وهو خلاف الفارس كما في الصحاح ويجمع على رجل كصاحب وصحب حموي عن البناية (قوله وللفارس الخ) ولو في البحر لتأهبه للقتال فارسا وان غصبه وحضر به استحق سهمه من وجه محظور فيتصدق به على قياس قول أبي حنيفة ومحمد لا على قياس قول أبي يوسف بحر ولا يسهم لفرس مشترك للقتال عليه الا اذا استأجر أحد الشريكين حصة الآخر قبل الدخول فالسهم للمستأجر شرنبلالية وعما اطلاقه ما لو كان الفرس مغصوبا أو مستعارا أو مستأجرا فاسترده المالك وقاتل راجلا وهذا احدى الروايتين وفي رواية له سهم الراجل والراجح الاول ولا بد من ان يكون عدم القتال على الفرس لا بصنعه حتى لو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهبه وسلمه أو أجره أو رهنه ففي ظاهر المذهب لا يستحق سهم الفرسان نهر الا اذا باعه كارها بحر عن التتارخانية قال الشرنبلالي قلت كذلك اذا أكره على غير البيع من الرهن ونحوه ولقائل ان يقول في صحة الاستثناء نظر لما تقرر من ان الاكراه لا يعدم القصد حموي ويشترط ان يكون الفرس صالحا للقتال فلو صغيرا أو كبيرا أو مريضا غير صالح للقتال عليه كان له سهم الراجل الا اذا زال المرض وصار بحال يقاتل عليه بخلاف ما لو طال مكثه في دار الحرب حتى صار المهر فرسا وكان الفرق حصول الارهاب بالكبير ولو مريضا بخلاف الصغير بحر وان قتل انسان فرسه قبل شهود الوقعة فضمنه قيمته فهو فارس وان غصبه غاصب فضمنه القيمة فهو راجل حموي عن البرجندي عن الخانية ولو غصب فرسه قبل دخوله أو ركبه آخر أو نفر ودخل راجلا ثم أخذه فله سهمان كذا في الدر وفي البحر عن التتارخانية غصب فرسه منه قبل الدخول فدخل راجلا ثم استرده فله سهم الفارس وكذا لو ركب رجل عليه ودخل دار الحرب وكذا لو نفر الفرس فاتبعه ودخل راجلا وكذا اذا ضل منه فدخل راجلا ثم وجده فان صاحبه لا يحرم سهم الفرس الخ فقوله وكذا لو ركب رجل الخ يحمل على ما اذا استرده المالك من ذلك الرجل وكذا قوله لو نفر الفرس فاتبعه يحمل على ما اذا أدركه فأخذه والى هذا الحمل أشار في الدر بقوله ثم أخذه اذ هو قيد في الكل وبهذا التقرير يظهر لك ما في عبارة النهر من الخلل حيث قال ولو غصب فرسه قبل الدخول فدخل راجلا ثم استرده أو ركب عليه آخر ودخل دار الحرب أو نفر الفرس أو ضل عنه فاتبعه ودخل راجلا استحق سهم الفارس انتهى لحذفه القيد المصرح به في البحر عن التتارخانية وهو قوله ثم وجده ومن هذا تعلم ما في كلام بعضهم حيث نقل عبارة الدر وعزاها للنهر مع ما بين العبارتين من الفرق (قوله وعند صاحبيه والشافعي للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم) لانه عليه السلام جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما وللامام انه عليه السلام قسم خيبر فأعطى للفارس سهمين وللراجل سهما وحمل الاول على التنفيل نهر (قوله وقال أبو يوسف أيضا يسهم لفرسين) لانه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير يوم خيبر خمسة أسهم وحمله على التنفيل ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية ولا خلاف انه لا يسهم لثلاثة فأكثر نهر (قوله والبراذين) بفتح الباء وبالذال المعجمة جمع برذون بكسر الباء خيل العجم يعني ما أمه وأبوه عجميان ويقال له الكودن بوكف ويشبه به البليد حموي والمبرذن

لانه اذا أودعه عند حربي يكون فيئا عند أبي حنيفة خلافا لهما وانما قيد العبد بكونه مقاتلا لان من لم يقاتل من عبيده فهو له * (فصل في كيفية القسمة) * يقسم الامام الغنيمة فيفرز خمسها أولا ويقسم ما وراءه بين الغانمين بأن يكون للراجل سهم وللفارس سهمان (ولو) كان (له فرسان) هذا عند أبي حنيفة وزفر وعند صاحبيه والشافعي للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم وقال أبو يوسف أيضا يسهم لفرسين أي له أربعة أسهم للفرسين ان دخل دار الحرب بهما (والبراذين

صاحبه وبرذن قهر وغلب وأعيا عن الجواب قاموس (قوله كالعتاق) وكذا الهجين والمقرف والهجين ما يكون أبوه من البراذين وأمه عربية والمقرف ما يكون أبوه عربيا وأمه برذونة نهر والمقرف بضم الميم وسكون القاف وفتح الراء عيني لكن فى شرح الشواهد بكسر الراء و يوافقه ما فى القاموس مقرف كمحسن كذا فى شرح ابن الحلبي وفى الجمهرة الهجين من الناس الذى امه أمة حموى عن البناية (قوله أى لا يسهم لاجل الجمل) قال فى المصباح الراحلة المركب من الابل ذكرا كان أو انثى ثم قال الجمل من الابل بمنزلة الرجل يختص بالذكراه فتفسير الشارح الراحلة بالجمل يحتاج لنكتة والتاء فى الراحلة للوحدة أو للنقل من الوصفية الى الاسمية حموى وقوله لا الراحلة يحتمل ان يقرأ بالرفع وبالجر فان كان تقدير الكلام أى لا تكون الراحلة كالعتاق كما ذكره فى النهر كان مرفوعا وان كان تقديره أى لا يسهم لاجل الراحلة كما ذكره الشارح يكون مجرورا وهذا على ماوقع فى بعض نسخ المتن من قوله لا الراحلة (قوله ويكون صاحبها كالراجل) لان الارهاب لا يقع بها نهر (قوله عند المجاوزة) واعتبرت المجاوزة لانها قتال لانهم يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حال الدوام فلا يعتبر نهر (قوله وفى ظاهر الرواية يستحق سهم راجل) لان عدم القتال عليه بصنع منه (قوله ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان فى الاصح) يخالفه ما فى الدر عن الفتح قال وأقره المصنف من ان السقوط هو الاصح معللا بأنه بيعه ظهر ان قصده التجارة الخ فاختلف الترجيح لكن ينبغى اعتماد القول بعدم السقوط ففى الهداية ما يقتضى الاتفاق على عدم السقوط ونصه ولو باعه بعد الفراغ من القتال لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باعه فى حال القتال عند البعض انتهى وفى الدر عن القهستانى التصريح بالاتفاق على عدم السقوط ايضا (قوله ولو باعه فى حال القتال الخ) يوافقه قول القهستانى لو باعه فى وقت القتال فراجل على الاصح كما فى الدر ويخالفه ما نقله السيد الحموى عن البناية معزيا للاتزارى الاصح عندى عدم السقوط انتهى فاذا كان الاصح عنده عدم السقوط ببيعه قبل الفراغ فبعده بالطريق الاولى (قوله وعندنا سهم الراجل) وعن أبى حنيفة أنه يستحق سهم الفارس لوجود القتال منه فارسا حقيقة وهو أقوى من التقديرى زيلعى (قوله ثم قال الخليل الخ) فى الصحاح والدرب معروف وأصله المضيق فى البلاد ومنه قولهم أدرب اذا دخل أرض العدو من بلاد الروم اهـ وهو بفتحتين أخى شلبى أى بفتح الدال والراء كذا ذكره شيخنا والمضيق بكسر الضاد انتهى (قوله لكن المراد من الدرب ههنا هو البرزخ الحاجز الخ) مقتضى كلام الشارح ان المراد بالدرب ما هو الاعم من المدخل والباب فيقال لباب السكة درب وللمدخل الضيق درب لانه كالباب لما يفضى اليه والعرب تستعمله فى معنى الباب كذا فى المصباح (قوله أو مدبرا أو مكاتبا) وظاهر ان المبعض كالمكاتب وولد أم الولد كذلك حموى (قوله والمرأة) ظاهر اطلاقه انه لا فرق بين ان تكون حرة أو أمة أو مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد حموى وكذا المبعضة (قوله اذا كانت تداوى الجرحى الخ) أو نعتات فليس التقييد بمداواة الجرحى والقيام على المرضى احترازيا شيخنا وكذا اذا كانت تخدم لغزين أو تحفظ متاعهم بحر (قوله والصبى) والمجنون كالصبى لو فيه المجنون فالمعتوه أولى نهر (قوله اذا قاتل باذن الامام) هذا القيد لم أجده فى شئ من الكتب والظاهر انه ليس للاحتراز كذا قيل وأقول نقل السيد الحموى التقييد به عن شرح الشهاب الشلبى وأقره (قوله والذمى) فيه تصريح بجواز الاستعانة بالكافر فى القتال عند الحاجة وبه قال الشافعى وأحمد خلافا لابن المنذر حموى عن البناية (قوله الرضخ) مبتدأ مؤخر خبره الظرف المقدم حموى ورضخ كمنع وضرب والمرضاخ حجر يكسر به النوى وراضخ زيد شيئا أعطاه كارها قاموس (قوله أى العطاء القليل بحسب ما يرى الامام) لما روى عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام كان يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة وقال أيضا لم يكن للمرأة والعبد سهم الا ان يحذيا من غنائم القوم واما السهم فلم يضرب لهن زيلعى وقوله يحذين بضم الياء وسكون الحاء المهملة وفتح الذال المعجمة أى يعطين وقوله ويحذين من الغنيمة هو قول الشافعى وأحمد فى رواية وقال مالك من الخمس حموى عن البناية (قوله لا السهم) أى

كالعتاق) فيكون لصاحبها سهم آخر والبرذون التركى من الخيل وخلافه العراب عتاق الخيل كرائمها جمع عتيق كرباط وربيط وهو فرس عربى (لا الراحلة) أى لا يسهم لاجل الجمل (والبغل) ويكون صاحبها كالراجل (والعبرة للفارس والراجل عند المجاوزة) أى مجاوزة الدرب حتى لو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفارس اتفاقا واما لو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهبه أو آجره او رهنه ففى رواية الحسن عن ابى حنيفة يستحق سهم فارس وفى ظاهر الرواية يستحق سهم راجل ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان فى الاصح ولو باعه فى حال القتال سقط سهم الفرسان فى الاصح وعند الشافعى يعتبر حال انقضاء الحرب حتى لو دخل راجلا فاشترى فرسا وقاتل فارسا استحق سهم الفارس وعندنا سهم الراجل ثم قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها كذا فى المغرب لكن المراد من الدرب ههنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين اى دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوزت الدرب دخلت فى دار الحرب ولو جاوز اهل الحرب الدرب دخلوا فى دار الاسلام (وللمملوك) اذا قاتل مطلقا سواء كان قنا او مدبرا او مكاتبا (والمرأة) اذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى (والصبى) اذا قاتل باذن الامام (والذمى) اذا قاتل او دل على الطريق (الرضخ) اى العطاء القليل بحسب ما يرى الامام (لا السهم) الا اذا دل ذمى على الطريق وفيه منفعة عظيمة للمسلمين

لا يبلغ بالرضخ السهم لانهم لا يساوون الجيش فى عمل الجهاد (قوله فحينئذ يزاد على السهم) لان الدلالة ليست من عمل الجهاد فلا يلزم التسوية لان ما يؤخذ فى الدلالة بمنزلة الاجرة فيعطى بالغا ما بلغ حموى عن شرح الشلبى (قوله وأما الخمس) شروع فى بيان حكم الخمس بعد الفراغ من بيان أحكام أربعة الاخماس حموى (قوله لليتامى الخ) أفاد انه يقسم الخمس على ثلاثة أقسام وقال قاضيخان يجوز صرف الخمس الى صنف واحد انتهى ومثله فى البحر عن الفتح وعلله فى البدائع بأن ذكرهم لبيان انهم المصارف لا لايجاب الصرف الى كل صنف منهم فكان لتعيين المصرف حتى لا يجوز الصرف الى غيرهم شرنبلالية وفى قوله لا يجوز الصرف الى غيرهم نظر لما فى النهر عن منية المفتى ولو وضع الامام الخمس فى الغانمين لحاجتهم اليه له ذلك (قوله وقدم ذوى القربى) ليقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين شرنبلالية وذوو القربى بمعنى القرابة حموى ونقل عن البدائع ان ذوى القربى يعطون كفايتهم والمراد أقرباؤه عليه الصلاة والسلام ذهب بعضهم الى ان المراد جميع من يكون قرشيا وبعضهم الى ان المراد بنو هاشم وحدهم والجمهور على ان المراد قرب النصرة لا قرب القرابة وكان قرب النصرة لبنى هاشم وبنى المطلب لانه عليه السلام أعطاهم من خمس غنائم خيبر ولم يعط بنى عبد شمس وبنى نوفل شيئا مع ان المطلب وعبد شمس ونوفلا كانوا اخوة هاشم فلما سئل عن ذلك علل بأن بنى هاشم وبنى المطلب كانوا فى الجاهلية ينصرونه ولا يفارقونه حموى عن البرجندى واعلم ان عبد شمس ونوفلا أخوا هاشم لابيه وأمه والمطلب أخوه لابيه زيلعى وورد انه عليه السلام جاءه عثمان وهو من بنى عبد شمس وجبير بن مطعم وهو من بنى نوفل فقالا انا لا ننكر فضل بنى هاشم لمكانك الذى وضعك الله فيهم ولكن نحن وبنو المطلب فى القرابة اليك سواء فما بالك أعطيتهم وأحرمتنا فقال انهم لم يزالوا معى هكذا وشبك بين أصابعه فى الجاهلية والاسلام يشير الى نصرتهم له لانهم قاموا معه حين أرادت قريش قتله عليه السلام ودخل بنو نوفل وعبد شمس فى عهد قريش زيلعى (قوله وقال الطحاوى سقط سهم الفقير منهم) لانه من قبيل الصدقة فلا يحل لهم كاغنيائهم قال الزيلعى والاول أظهر وفى الحاوى القدسى وعن أبى يوسف ان الخمس يصرف لذوى القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل وبه نأخذ قال فى البحر وهذا يقتضى ان الفتوى على الصرف الى الاقرباء الاغنياء فليحفظ قال فى النهر وفيه نظر بل هو ترجيح لاعطائهم وغاية الامر انه سكت عن اشتراط الفقر فيهم للعلم به انتهى وأقره فى الدر وحمله انه احتراز عن قول الطحاوى بسقوط سهم الفقير منهم لكن نظر السيد الحموى فى كلام صاحب النهر (قوله ولا حق لاغنيائهم) فان قيل فلا فائدة حينئذ فى ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتم أجيب بأن فائدته دفع توهم ان اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئا لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها شرنبلالية عن البحر (قوله وسهم النبى عليه السلام سقط بموته) لانه حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة ولا رسول بعده نهر (قوله كالصفى) بفتح الصاد وكسر الفاء والياء المشددة وهو ما كان عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة قبل القسمة نهر وكانت صفية من الصفى (قوله وان دخل جمع الخ) فى المحيط عن أبى يوسف انه قدر الجماعة التى لا منعة لها بسبعة والتى لها منعة بعشرة حموى عن البناية ونقل شيخنا عن العناية ما يقتضى تقدير ذى المنعة بتسعة بالباء والتاء قبل السين ونصه المنعة السرية قال أبو حنيفة اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر فى أرض الكفر للمسلمين لا يخمس ما أخذه حتى يصيروا تسعة فاذا بلغوا ذلك فهم سرية اه (قوله ذو منعة) أى قوة بفتح الميم والنون قال فى الصحاح وقد تسكن وذكر البرجندى ان المنعة جمع مانع والمراد بها الاعوان والانصار الذين يمنعون من قصدهم من الاعداء وقيل المراد بالمنعة القوة فعلى هذا تسكن نونه حموى (قوله بلا اذن من الامام) وافهم كلامه انه لو كان بالاذن خمس بالاولى وفى منية المفتى دخل أربعة خمس ولو ثلاثة لا وفى التتارخانية لو كان بعضهم باذن الامام وبعضهم بلا اذنه ولا منعة لهم فالحكم فى كل واحد منهم حالة الاجتماع كما فى حالة الانفراد نهر وهذا يبتنى على ما هو

فحينئذ يزاد على السهم له (و) اما (الخمس) فيقسم على ثلاثة اسهم (لليتامى والمساكين وابن السبيل وقدم ذوى القربى الفقراء منهم عليهم) اى قدم الفقراء من ذوى قرابة النبى عليه السلام على الاصناف الثلاثة المذكورة فيدخل ايتام ذوى القربى فى سهم اليتامى ومساكين ذوى القربى فى سهم المساكين وابن السبيل من ذوى القربى فى سهم ابن السبيل ثم يقدم كل صنف منهم على الذين يدخلون فيهم وهو الاصح وهو اختيار الكرخى وقال الطحاوى سقط سهم الفقير منهم (ولا حق لاغنيائهم) اى اغنياء ذوى القربى خلافا للشافعى (وذكره تعالى) بقوله تعالى واعلموا ان ما غنمتم من شئ فان لله خمسه (للتبرك وسهم النبى عليه الصلاة والسلام سقط بموته كالصفى) وقال الشافعى يصرف سهم الرسول الى الخليفة الصفى شئ نفيس يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية او فرس وانما قال وذكره تعالى احترازا عن قول ابى العالية فانه قال يقسم على ستة اسهم سهم لله تعالى فيصرف الى عمارة الكعبة ان كانت القسمة بقربها والى عمارة الجامع فى كل بلدة هى بالقرب من موضع القسمة (وان دخل جمع ذو منعة دارهم بلا اذن) من الامام (خمس)

المشهور من انه يكفي لاخذ الخمس وجود الاذن من الامام بدخولهم دار الحرب وان لم يكن لهم منعة لا على مقابله من عدم أخذ الخمس عند عدم المنعة مطلقا ولو كان الدخول باذن الامام (قوله أي يأخذ الامام خمس ما أخذوا) لانه مأخوذ من دار الحرب قهرا فكان غنيمة فيخمس عيني (قوله والالا) لانه اختلاس وسرقة عيني واطلاقه يشمل مالو كان بالاذن وليس كذلك على المشهور لانه بالاذن التزم نصرتهم و يشمل مالو كان بأرض الكفر عسكر للمسلمين وليس كذلك أيضا الا ترى الى ماسبق عن العناية حيث قيد عدم الخمس فيما اذا دخل رجل وحده فغنم بما اذا لم يكن بأرض الكفر عسكر للمسلمين (قوله ان ينفل) يقال نفل نفلا بالتخفيف ونفله تنفيلا بالتشديد لغتان فصيحتان والنفل بفتحتين الغنيمة وجمعه انفال حموي عن البناية واعلم ان شرط جواز التنفيل ان يكون قبل الاحراز بدار الاسلام بدليل ماسيأتي من قول المصنف و ينفل بعد الاحراز من الخمس فقط وكذا نقل السيد الحموي عن البرجندي ان التنفيل بعد القتال قبل الاحراز جائز أخذا من قوله في الهداية لا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغانمين تأكد فيه بالاحراز انتهى وعلى هذا فلا فرق في جواز التنفيل بين ان يكون قبل القتال أو بعده حيث كان قبل الاحراز خلافا لما يتوهم من تقييد القدوري والدرر والتنوير جواز التنفيل بما اذا كان حالة القتال ولهذا توقف في النهر فقال ولم أر جوازه قبل المقاتلة وتعقبه الحموي بأنه لا خلاف في جوازه بل هو احتراز عن التنفيل بعد الاصابة كما في الظهيرية انتهى أي اصابة الغزاة الغنيمة وأقول سيأتي في كلام الشارح ما يقتضي موافقة القدوري والظهيرية وهو قوله ولو نفل بعد الفتح والهزيمة لم يجز وهذا هو الراجح بدليل ما في النهر عن السراج حيث قال وقيل ماداموا في دار الحرب يملكه انتهى فتعبيره بكلمة قيل مشعر بضعفه وقد ظهر لي ان ما مشى عليه الشارح لا ينافي كلام المصنف ولا ماسبق عن الهداية أيضا اذ غاية ما يستفاد من كلامهما عدم جواز التنفيل بعد الاحراز وهذا لا يقتضي الجواز قبله خلافا لما فهمه البرجندي (قوله ولو نفل بعد الفتح والهزيمة لم يجز) يعني وان كان قبل الاحراز واعلم ان التنفيل مندوب لما فيه من التحريض على القتال ولا ينافيه تعبير القدوري بلا بأس لانه ليس مطردا لما تركه أولى بل يستعمل في المندوب أيضا قاله المصنف ولهذا عبر في المبسوط بالاستحباب در ومنه يعلم ان الشارح لو ابدل قوله أي ويجوز للامام ان ينفل بقوله يستحب أو يندب لكان أولى فان قلت التحريض على القتال مأمور به بنص قوله تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال فيكون واجبا قلت الواجب مطلق التحريض ولو بغير التنفيل كالموعظة الحسنة وكونه بخصوص التنفيل مندوب لكونه ادعى الى المقصود نهر ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين وأما الملك فيثبت بالاحراز بدار الاسلام عندهما وعند محمد يثبت الملك قبل الاحراز كما لو قسم الغنيمة في دار الحرب وتظهر فائدة الخلاف فيما اذا أصاب المنفل جارية واستبرأها لم يحل له وطؤها و بيعها في دار الحرب عندهما وعند محمد يحل حموي عن البرجندي واجمعوا ان المتلصص لو أخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها نهر وسماع القاتل مقالة الامام ليس بشرط فلو نفل السرية الربع وسمع العسكر دونها فلهم النفل تنوير واعلم ان المنفل له لو مات بدار الحرب كان السلب لورثته ولا خمس فيه خانية والظاهر ان ارث السلب بموته في دار الحرب انما هو قول محمد لثبوت الملك عنده بنفس التنفيل ولهذا قال يحل وطء الجارية في دار الحرب بعد الاستبراء والا فيشكل القول بارثه على قول الامام الاول والثاني شيخنا (قوله من قتل قتيلا فله سلبه) واعلم ان الامام لو قتل بنفسه رجلا بعد ماقال ذلك ففي القياس لا يستحق وفي الاستحسان يستحق ظهيرية ووجه القياس ان المتكلم لا يدخل في عموم كلامه حموي ووجه الاستحسان انه ليس من باب القضاء وانما هو من باب استحقاق الغنيمة ولهذا يدخل فيه كل من يستحق الغنيمة سهما أو رضخا فلا تهم بخلاف ما اذا قال من قتلته أنا فلي سلبه لانه خص نفسه فصار متهما او بخلاف ما اذا قال من قتل منكم قتيلا فله سلبه لانه ميز نفسه و يشترط لاستحقاق السلب بقتله ان يكون مباح القتل حتى لا يستحق السلب بقتل النساء والصبيان والمجانين لان التنفيل

أي يأخذ الامام خمس (ما أخذوا والا) أي وان لم يدخل جماعة بل دخل واحد أو اثنان أو دخل جمع مغيرين متلصصين لا منعة لهم بلا اذن الامام (لا) يأخذ الخمس خلافا للشافعي (وللامام) أي يجوز للامام (ان ينفل) و يحرض به عليه قبل الفتح واحراز الغنيمة وقيل ان تضع الحرب أوزارها ولو نفل بعد الفتح والهزيمة لم يجز أصلا التنفيل اعطاء شيء زائد على سهام الغانمين والنفل الزيادة (بقوله من قتل قتيلا)

تحريض على القتال وانما يتحقق في المقاتل حتى لو قاتل الصبي فقتله استحق سلبه لانه مباح الدم ويستحق بقتل المريض والاجير منهم والتاجر في عسكرهم والذمي الذي نقض العهد وخرج اليهم لان بنيتهم صالحة للقتال اذ هم مقاتلون برأيهم ولا ينبغي ان ينفل بكل المأخوذ وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر ما أصبتم فهو لكم بعد الخمس أو لم يقل بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض وانما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشيء وفيه ابطال تفضيل الفارس على الراجل وابطال الخمس فلا يجوز زيلعي واذا اشترك رجلان في قتل حربي اشتركا في سلبه ان قاومهما وان كان عاجزا فسلبه غنيمة وان قيده الامام بقوله وحده لا يستحقان سلبه ولو كان الخطاب لواحد فشاركه آخر استحق المخاطب وحده ولو خاطب واحدا فقتل المخاطب رجلين فله سلب الاول خاصة الا اذا قتلهما معا فله سلب واحد والخيار في تعيينه للقاتل لا للامام ويقع هذا اللفظ على كل قتيل في تلك السفرة مالم يرجعوا وان مات الوالي أو عزل مالم يمنعه الثاني بحر عن الذخيرة ان المقتول على فوره أو تأخر موته ولم تقسم الغنيمة قبل موته فالسلب للقاتل لا ان مات بعد القسمة لانه بالاحراز تأكد ملك الغانمين فيه وان اختلف القاتل والغانمون في موته قبلها أو بعدها فالقول قول الغانمين لانهم ينكرون ولو اثخنه واحد وقتله آخر فالسلب لمن اثخنه ولو سلبه المشركون ثم وقع سلبه في الغنيمة لا يأخذه القاتل ولو جروه ولم يسلبوه ثم ظهر عليه المسلمون فسلبوه فهو للقاتل والفرق انهم تملكون السلب فانقطع ملك القاتل واذا لم يسلبوه لم يملكوا منه شيئا زيلعي (قوله تسمية الشيء بما يؤول اليه) يشير الى انه من مجاز الاول وقيل سمي قتيلا لقربه من القتل مجازا واقول قال الزركشي معنى قولهم اسم الفاعل حقيقة في الحال أي حال التلبس بالفعل لا حال النطق فان حقيقة الضارب والمضروب لا تتقدم على الضرب ولا تتأخر عنه فهما معه في زمن واحد قال ومن هذا ظهر ان قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه ان قتيلا حقيقة وان ما ذكروه من انه سمي قتيلا باعتبار مشارفته القتل لا تحقيق فيه انتهى وصرح القرافي في شرح التنقيح بان المشتق انما يكون حقيقة في الحال مجازا في الاستقبال مختلفا فيه في الماضي اذا كان محكوما به اما اذا كان متعلق الحكم كما هنا فهو حقيقة مطلقا يعني سواء كان بمعنى الحال أو الاستقبال أو الماضي اجماعا وحينئذ فلا مجاز حموي (قوله فقوله للسرية) أي بخطابه لان القول اذا عدي باللام كان بمعنى المخاطبة حموي (قوله بعد الخمس) ليس بقيد اذ لو قال بربع الكل جاز لان له ان ينفل السرية بالكل فهذا أولى نهر (قوله بعد الاحراز) هذا في ما غنمه وصار بيده اما التنفيل بما يحصل من أهل حرب دخلوا دارنا فكالحكم قبل قتالهم بدارهم شرنبلالية (قوله أي لا من أربعة الاخماس) لان حق الغانمين به تأكد ولا حق لهم في الخمس فجاز ان ينفل منه لا يقال فيه ابطال حق الاصناف الثلاثة وهو أيضا لا يجوز لانا نقول الدفع الى الغزاة باعتبار انهم من الفقراء لان المستحق فقير غير معين فاذا جاز صرفه لفقير غيره فالصرف للفقير المقاتل أولى حموي عن شرح الحلبي وهو صريح في اشتراط الفقر ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام ان يضعه في الغني لان الخمس حق المحتاجين فجعله للاغنياء ابطال حقهم قال في البحر لكن تصريحهم بانه تنفيل يدل على جوازه للغني ومن العجب قول الزيلعي لا يجوز للغني فان ظاهر ما في الذخيرة عدم الحرمة واقول ممنوع بل هو ظاهر في الحرمة كما قال الزيلعي لان ابطال حق الغير لا يجوز نهر (قوله والسلب للكل ان لم ينفل) لقوله عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك ولانه أخذ بقوة العسكر فيكون غنيمة نهر (قوله وقال الشافعي السلب للقاتل) لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه ولنا قوله تعالى واعلموا ان ما غنمتم من شيء فان لله خمسه وهو غنيمة لانه مأخوذ بقوة الجيش وما رواه يحتمل التنفيل فيحمل عليه توفيقا بينه وبين ما تلونا من قوله عليه السلام ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك زيلعي (قوله وقد قتله مقبلا) فيه ان الحديث الذي استدل به ليس فيه اشتراط ذلك (قوله في حقيبته) الحقيبة واحدة الحقائب واحتقبه واستحقبه بمعنى أي احتمله ومنه قيل احتقب فلان الاثم كانه جمعه

تسمية الشيء بما يؤول اليه (قوله سلبه و
للامام ان ينفل ويحرض (بقوله للسرية
جعلت لكم الربع) أو النصف
وما اشبه ذلك (بعد الخمس) اى بعد
رفع الخمس (وينفل بعد الاحراز من
الخمس فقط) اى لا من اربعة الاخماس
وانما قيد بقوله بعد الاحراز لان قبل
الاحراز ينفل من الكل أو من اربعة
الاخماس (والسلب للكل ان لم ينفل)
اى اذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من
جملة الغنيمة والقاتل وغيره فيه سواء
وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان
من أهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا
(وهو) اى السلب (مركبه) وثيابه وسلاحه
من السرج والآلة (وثيابه وسلاحه
وما معه) على الدابة من ماله في
حقيبته او على وسطه لا عبده وما معه
ودابته وما عليها وما في بيته

صحاح

مصباح وفى المصباح الحقيبة العجيزة ثم سمى ما يحمل من القماش على الفرس خلف الراكب حقيبة مجازا لانه محمول على العجز انتهى من تسمية الحال باسم المحل شيخنا

(باب استيلاء الكفار بعضهم على بعض أو على أموالنا)

(باب استيلاء الكفار) (اذا سبي الترك الروم) الترك جمع تركي والروم جمع رومي والتقييد بهما اتفاقي لان المراد بهما الكفار من البلدين (وأخذوا أموالهم) أي الترك (ملكوها وملكنا ما نجده من ذلك) أي من الاموال المأخوذة (ان غلبنا عليهم) أو على الترك (وان غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها)

والاضافة من قبيل اضافة المصدر للفاعل عيني فى البناية واقول بل هو من اضافة المصدر للفاعل والمفعول معا والمعنى ان يستولى بعضهم على بعض على حد قوله تعالى تحيتهم يوم يلقونه سلام أي يحيى بعضهم بعضا بل ماهنا اظهر والاستيلاء عبارة عن الاقتدار على المحل حالا بالانتفاع بالمال ومآلا بالادخار الى الزمن الثانى حموى (قوله سبي الترك الروم) يشير الى ماقاله بعضهم من ان الحربى يملك الحربى بالقهر مطلقا سواء كان من معتقده ذلك أولا وبعضهم ذهب الى انه انما يملكه اذا رأى ذلك واعتقده واليه اشار محمد وهكذا ذكر الفضلى فى فتاواه وعن محمد فى النوادر لا يملكه أصلا حموى عن الظهيرية (قوله الترك) جمع تركى اعلم ان ما يفرق بينه وبين واحده بالتاء أو الياء فيه ثلاثة أقوال قيل انه جمع وقيل انه اسم جمع والمختار انه اسم جنس جمعى واذا كان كذلك فلا حاجة الى ما قيل الصواب انه اسم جنس جمعى لان المشى على خلاف المختار لا يعد خطأ (قوله من البلدين) الظاهر التنكير حموى ولم يقل الصواب لحمل ال على الجنس اذا لم يكن ثم معهود كما هنا لان الحكم غير قاصر على الترك والروم كما نبه عليه الشارح بقوله والتقييد بهما اتفاقى شيخنا (قوله ملكوها) لوجود الاستيلاء على مال مباح اذ وضع المسئلة فيما اذا كان الكل فى دار الحرب فيحل الشراء منهم نهر والظاهر من كلام المصنف ان الملك يثبت لهم باستيلاء بعضهم على بعض قبل الاحراز شرنبلالية ونصها الاحراز بدارهم قيد لغلبتهم على مالنا خاصة دون ما استولوا عليه من اموال بعضهم لانه ذكر فى الهداية مسئلة استيلائهم على اموالنا مقيدة بالاحراز بدارهم واطلق غيرها عنه اه وفيه نظر ظاهر كما سيأتى وما فى الهداية ككلام المصنف يحمل على ما اذا وجد الاحراز (قوله وملكنا ما نجد من ذلك) ولو كان بيننا وبين المأخوذ منهم موادعة لانا لم نغدرهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فى دارنا لا نشترى من الغانمين شيئا لفقد الملك لعدم الاحراز نهر عن المحيط وهو ظاهر فى انه يشترط الاحراز لثبوت الملك لهم باستيلاء بعضهم على بعض خلافا لما فهمه الشرنبلالى من الهداية كما سبق وفيه عن منية المفتى اذا باع الحربى ولده من مسلم فى دار الحرب عن الامام انه يجوز ولا يجبر على الرد وعن أبى يوسف انه يجبر اذا خاصم الحربى ولو دخل دارنا بأمان مع ولده فباع الولد لا يجوز فى الروايات كلها انتهى لان الولد دخل دارنا بالامان وفى اجازة بيعه نقض الامان حموى عن الولوالجى وما وقع فى عبارة بعضهم معزيا الى منية المفتى من قوله عن الامام انه لا يجوز ولا يجبر على الرد صواب العبارة يجوز بحذف لا النافية كما هو بخط شيخنا والسيد الحموى والدليل عليه قوله ولا يجبر أى المسلم على الرد اذ لو كان غير جائز لا جبر عليه ويدل عليه أيضا ما قدمناه عن الولوالجى من التعليل (قوله من الاموال المأخوذة) أى والانفس المسبية ففى كلامه اكتفاء فاسم الاشارة راجع اليهما على حد لا فارض ولا بكر عوان بين ذلك حموى وقوله عوان بين ذلك أى بين الفارض والبكر أشار اليهما بما يشار به الى الواحد لتأوله بالمذكور فاسم الاشارة عبارة عن الفارض والبكر قال فى المدارك لا فارض أى مسنة سميت فارضا لانها فرضت سنها أى قطعتها وبلغت آخرها وارتفع فارض لانه صفة للبقرة وقوله ولا بكر فتية عطف عليه عوان نصف بين ذلك بين الفارض والبكر ولم يقل بين ذينك مع ان بين تقتضى شيئين فصاعدا لانه أراد بين هذا المذكور اه (قوله وأحرزوها بدارهم) ملكوها لان العصمة من الاحكام الشرعية وهم لم يخاطبوا بها فبقى فى حقهم مالا غير معصوم فيملكونه نهر عن ابن الساعاتى وأفاد المصنف انهم لو أسلموا فلا سبيل لاربابها عليها بحر عن الطحاوى وقيد المسئلة بالاحراز لانه قبل الاحراز بدار الحرب لم يملكوها حتى لو ظهر المسلمون عليهم قبل الاحراز فاسترد والاموال فانها تكون لمالكها بلا شئ حموى عن البرجندى وكذا

اذا اشترى تاجر شيئا مما أخذوه قبل احرازهم بها ووجده مالكه في يده أخذه بلا شئ درر (قوله وقال الشافعي لا يملكونها) لان استيلاء الكفار محظور لوروده على مال معصوم والمحظور لا يصلح سببا للملك ولنا ماسبق من ان العصمة من الاحكام الشرعية وهم غير مخاطبين بها فبقي في حقهم غير معصوم فيملكونه (قوله قبل القسمة) بين المسلمين لا بين الكفار درر عن الدرر (قوله أى بلا بدل) لان الشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر (قوله أخذه بالقيمة) لان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ان شاء ليعتدل النظر من الجانبين ولو كان عبدا فأعتقه من وقع في سهمه نفذ عتقه وبطل حق المالك وان باعه أخذه بالثمن وليس له نقض البيع فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازي الذي وقع في سهمه او من الذي اشتراه من أهل الحرب بدون رضا واجيب بان بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك له الا ترى ان للواهب الرجوع في الهبة والاعادة الى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضا المشتري مع ثبوت الملك له ذكره الاكمل في شرح الهداية (قوله وبالثمن الخ) هذا اذا اشتراه بنقد وان اشتراه بعرض أخذه بقيمة العرض ولو البيع فاسدا يأخذه بقيمة نفسه وكذا لو وهبه العدو عيني ولو اشتراه بخمر او خنزير لم يكن للمالك أخذه كما في التتارخانية ومقتضى ما مر أنه يأخذه بقيمة نفسه وبه صرح في السراج هذا كله اذا كان قيميا فلو كان مثليا وقد اشتراه صحيحا بمثله قدرا ووصفا لا يأخذه لانه لو أخذه يأخذه بمثله وهو لا يفيد الا اذا اشتراه بأقل منه قدرا او بارد أمنه فله ان يأخذه لانه مفيد ولا يكون ربا لانه يستخلص ملكه فصار فداء لا عوضا زيلعي لكن في تقييده الشراء بالصحيح نظر لانه اذا كان مثليا وقد أخذه بمثله قدرا ووصفا لا يأخذه المالك القديم مطلقا سواء كان البيع صحيحا او فاسدا بحر (قوله لو اشتراه تاجر منهم) أى اشترى ما أخذه العدو منهم تاجر واخرجه الى دار الاسلام زيلعي فظهر ان قول العيني أى الشئ الذي وجده صاحبه بعد القسمة غير صحيح حموي والقول في مقداره قول المشتري بيمينه الا ان يقيم المالك البينة ولو أقاماها فالبينة بينة المالك أيضا خلافا لابي يوسف نهر وبحر وفي الزيلعي من الشفعة ما يخالفه حيث قال وان أقاما البينة فالبينة للشفيع وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي البينة بينة المشتري لانها تثبت الزيادة كما اذا اختلف المشتري والبائع او الوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن او المشتري من العدو مع المالك القديم في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة فبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو أولى لاثبات الزيادة انتهى (قوله وان فقئ عينه) يعني لا يحط عنه شئ من الثمن لان ما يعطى فداء وليس ببدل والفداء لا يقابل بشئ من الاوصاف حموي وكذا لو فقأها المشتري والعقر كالارش نهر ولا فرق بين ما لو كانت الاوصاف مقصودة بالاتلاف أم لا زيلعي (قوله وأخذ ارشها) كذا في غالب النسخ والوافي وفي بعضها بتذكير الضمير وكلا الوجهين صحيح فوجه تأنيث الضمير كون العين مؤنثة سماعا بناء على أنه المرجع ووجه التذكير جعل مرجع الضمير هو المفقوء عينه (قوله وعند محمد ان المولى يسقط عنه حصة الارش) الذي بخط الحموي وعن (فرع) أمر الاسير رجلا ان يفديه بألف ففداه بألفين لم يرجع الا بالالف بخلاف الوكيل بالالف اذا اشترى بألفين حيث لا يرجع بشئ ويكون مشتريا لنفسه حموي عن الولوالجي ومقتضاه ان له الرجوع على الاسير بمجرد الامر وان لم يشترط الرجوع وبه صرح في الدرر من كتاب الهبة (قوله أخذ المشتري الاول من المشتري الثاني الخ) بغير رضاه لان الاسر ورد على ملكه فكان حق الاخذ له نهر (قوله بالثمنين) لانه قام عليه بهما ودل كلامه انه ليس للقديم ان يأخذه من الثاني ولو كان الاول غائبا او حاضرا ابى عن اخذه لان الاسر ما ورد على ملكه ولو اشتراه من الثاني لم يكن للقديم أخذه لان حق الاخذ انما ثبت له في ضمن عود ملك الاول القديم وبالشراء انما ثبت له ملك جديد نهر (قوله ولم يملكوا حرنا) ومثله حربي في ذمتنا لانهم ليسوا محلا للتملك حموي (قوله ومدبرنا) ظاهر في المدبر المطلق

وقال الشافعي لا يملكونها والمراد بدارهم
دار الحرب لا دار من غلب علينا حتى ان
الترك والهند لو استولوا على مدينة
واحرزوا ما فيها بدار الهند ثبت الملك
للترك كما ثبت للهند وانما قيد المسألة
بالاحراز لان قبل الاحراز بدار الحرب
لم يملكوها (وان غلبنا عليهم) بعد
الغلبة علينا (فمن وجد) منا ملكه
قبل القسمة أخذه) أخذا (مجانا) أى
بلا بدل (وبعدها) أى بعد القسمة
أخذه (بالقيمة و) أخذه (بالثمن لو
اشتراه تاجر منهم وان فقئ عينه وأخذ
ارشها) وعند محمد ان المولى يسقط عنه
حصة الارش من الفداء وهو الثمن
(فان تكرر الاسر والشراء) بان
أسر المشركون عبدا فاشتراه رجل
بألف درهم فاسروه ثانيا وأدخلوه
دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف
درهم فأخرجه الينا (أخذ) المشتري
(الاول من) المشتري (الثاني) بثمنه
ان شاء (ثم أخذ) المالك (القديم) ان
شاء من المشتري الاول (بالثمنين) أى
الثمن الذى اشتراه به أولا من أهل
الحرب والثمن الذى أخذه من المشتري
الثاني (ولم يملكوا) أى أهل الحرب
بالاستيلاء (حرنا ومدبرنا وأم ولدنا

وأما المدبر المقيد فهل يملكونه وتعليلهم بان الاستيلاء انما يكون سببا للملك اذا لاقى محلا قابلا للملك فيه اشارة الى انهم يملكون المقيد حموى (قوله ومكاتبنا) وجه عدم ثبوت الملك لهم فيما ذكران السبب لا يفيد الحكم الا فى محله وهؤلاء ليسوا بمحل والاصل ان كل ما لا يملك بالارث لا يملك بالاسر والاسترقاق حموى (قوله يملكون القن) والقنة ولو مسلما زيلعى (قوله ويملك عليهم جميع ذلك) لان الشرع أسقط عصمتهم جزاء لجناياتهم وجعلهم ارقاء عينى (قوله ملكوه) لتحقق الاستيلاء عليه عينى (قوله لان المراد به الدابة) من اطلاق الخاص وارادة العام مجازا حموى (قوله ند البعير نفر ندودا من باب ضرب) هذا المصدر ليس بقياسي والقياس ندا حموى وأصله نددا فهو مصدر قياسي لفعل اللازم شيخنا (قوله ولو أبق اليهم قن الخ) سواء كان لمسلم او ذمي نهر وسواء كان مسلما او ذميا حموى وهو مخالف لما فى الكافى والغاية والبحر من تقييده بالمسلم أما الكافر والمرتد اذا ابق اليهم يملكونه بالاتفاق شيخنا وأبق من باب تعب وقتل والاكثرون من باب ضرب (قوله وقالا يملكونه) لان العصمة لحق المولى ضرورة انتفاعه به وذلك بقيام يده وقد زالت ولابي حنيفة انه آدمي ذو يد صحيحة حتى اذا أودع وديعة لم يكن للمولى حق القبض فاذا زالت يد المولى عنه بتباين الدارين ظهرت يده على نفسه فلم يبق محلا للملك زيلعى والتقييد بالقن اتفاقى فالحكم فى القنة كذلك وخص القن لان الاباق فيه أكثر وقيد بقوله اليهم لانه لو أبق الى اهل الذمة لا يملكونه اتفاقا حموى عن المفتاح والخلاف فيما اذا أخذوه قهرا وقيدوه اما اذا لم يكن قهرا فلا يملكونه اتفاقا وان أخذوه من دار الاسلام ملكوه اتفاقا وكذا لو ارتد فأبق اليهم وفى العبد الذمى اذا أبق قولان بحر عن الفتح (قوله وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء) بناء على ما مر من انهم يملكونه عندهما خلافا له قيل كان ينبغي على قوله ان يأخذ الكل مجانا لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهرت على ما فى يده فتمنع ظهور يد الكافر وأجيب بان غايته انه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه فيملكه الكفار بالاستيلاء نهر أى يملك الكفار ما فى يده يوضحه قول الزيلعى قلنا ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت الظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة فى حق نفسه غير ظاهرة فى حق المال انتهى (قوله أى اشترى حربي مستأمن الخ) قيد بشراء المستأمن لان الحربي لو أسر العبد المسلم وأدخله داره لا يعتق اتفاقا للمانع من عمل المقتضى عمله وهو حق استرداد المسلم نهر (قوله خلافا لهما) لان دار الحرب لا تنافى الملك فبقى فى يده عبدا على ما كان وكان استحقاق الازالة بالبيع وقد انتهى بالدخول الى دار الحرب وله انه استحق الازالة عن ملك الكافر كيلا يبقى تحت ذلة ولا يذهب ماله بلا عوض مادام فى دار الاسلام واذا عاد اليها سقطت عصمته وعجز القاضى عن اخراجه عن ملكه فيعتق عينى (قوله او آمن عبد حربي ثمة) قيد ايمانه بكونه فى دار الحرب لانه لو خرج الى دار الاسلام بغير أمان وأسلم ههنا ينبغي ان يكون قنا عند أبي حنيفة عتيقا عندهما قياسا على ما اذا دخل حربي بغير امان فأسلم ههنا فأخذه مسلم ههنا فانه يكون فيئا عنده حرا عندهما حموى عن البرجندى (قوله أى غلبنا عليهم عتق العبد) لما ورد عن ابن عباس انه قال أعتق عليه السلام يوم الطائف من خرج اليه من عبيد المشركين رواه أحمد عينى ومعنى أعتق قضى وحكم شيخنا (قوله فهو عبد على حاله) الى ان يشتريه مسلم أو ذمى أو حربي فى دار الحرب وفى شرح الطحاوى اذا لم يخرج الينا ولم نظهر عليهم لا يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر فحينئذ يعتق قبل المشترى أو لم يقبل لانه لما عرضه فقد رضى بزوال ملكه والتقييد بايمانه فى دار الحرب اتفاقى اذ لو خرج مراغما آمن فى دار الاسلام فالحكم كذلك بخلاف ما اذا خرج باذن مولاه لحاجة فأسلم فى دارنا فان الامام يبيعه ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي لانه لما دخل بامان صارت رقبته داخلة فيه بحر وقوله مراغما أى معاديا مباغضا واعلم ان عتقه فيما اذا اسلم عبد الحربي ولم يخرج الينا فباعه أو عرضه على البيع قول أبي حنيفة فقط شرنبلالية والحاصل ان العبد يعتق بلا اعتاق فى تسع صور ولا ولاء لاحد عليه لانه عتق حكمى در بخلاف ما لو اعتق حربي عبدا حربيا فى دار الحرب وهو فى يده ولم يخله أى قال له أنت حر لا يعتق حتى لو أسلم والعبد

ومكاتبنا) واعلم ان فى تخصيصهم اشارة
الى انهم يملكون القن والقنة (و) الكا
(يملك عليهم) أى على أهل الحرب
(جميع ذلك) المذكور أيضا (وان ند
اليهم) أى الى دار الحرب (جمل فأخذوه
ملكوه) والتقييد بالجمل اتفاقى لان
المراد به الدابة ند البعير نفر ندودا
من باب ضرب (ولو أبق اليهم قن
لا يملكونه) وقالا يملكونه (فلو أبق
عبد بفرس ومتاع) وأخذوهما
(فاشترى رجل كله منهم) وأخرجه
الينا (أخذ) المولى القديم (العبد مجانا
وغيره بالثمن) وقالا يأخذ العبد وما معه
بالثمن ان شاء (وان ابتاع) أى اشترى
حربي (مستأمن) فى دارنا عبدا (مؤمنا
وأدخله دارهم) عتق العبد خلافا لهما
(أو آمن) عبد حربي (ثمة) أى فى دار
الحرب (فجاءنا أو ظهرنا) أى غلبنا
(عليهم عتق) العبد ثم التقييد بالمؤمن
اتفاقى لان الحكم لا يختلف فى العبد
الذمى كذا فى الايضاح وانما قيد بقوله
فجاءنا لانه ان لم يخرج الينا بعد الاسلام
فهو عبد على حاله

عنده فهوملكه وعند أبى يوسف ومحمد يعتق اصدو ردكن العتق من أهله بدليل صحة اعتاقه عبدا مسلما فى دار الحرب لكونه مملوكا ولابى حنيفة انه معتق ببيانه مسترق ببنانه لان الملك كايزول يثبت باستيلاء جديد وهو أخذه له بيده فى دار الحرب بخلاف ماذا كان مسلما لانه ليس بمحل التملك بالاستيلاء زيلعى

(باب المستأمن)

أى الطالب للامان و بعد حصول الامان مستأمن بفتح الميم قال فى النهر لما كان الاستئمان انما يكون بعد القهر الذى به يكون الاستيلاء اخره عنه وتقديم استئمار المسلم على الكافر ظاهر (قوله حربيا كان أو مسلما) فيه قصور فى بيان الاطلاق والاولى ان يقال حربيا كان أو معصوما ليشمل الذمى حموى (قوله دخل تاجرا) أضاف الدخول اليه ايماء الى انه بأمان لانه لا يدخل الا به حفظا لما بيده وفى اضافته الينا ايماء أيضا الى اسلامه نهر (قوله حرم تعرضه الخ) لانه ضمن بالاستئمان ان لا يتعرض لهم فالتعرض لهم بعد ذلك يكون غدرا وكذا لو اغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التى بها المستأمن لا يتعرض لهم أيضا الا اذا خاف على نفسه لانه ان لم يخف يكون لاعلاء كلمة الكفر بحر عن المبسوط (قوله لشئ منهم) أى مما هو مملوك لهم اما ما لا يملكونه كزوجة التاجر ومدبرته وأم ولده فانه يباح له التعرض لكن لا يطأهن الا بعد انقضاء العدة اذا وطئهن أهل الحرب بخلاف أمته المأسورة حيث لا يطأها مطلقا وان لم يطأها أهل الحرب لثبوت ملكهم فيها بحر (قوله لانه اذا غدر ملكهم الخ) وكذا لو أسر وا قوما من المسلمين فمروا بهم على المستأمنين وجب عليهم ان ينقضوا عهودهم و يقاتلوهم اذا قدروا عليه لانهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم فى أيديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا لهم ذلك بخلاف الاموال لانهم ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا لهم عدم التعرض لاموالهم وكذا لو كان المأخوذ ذرارى الخوارج لانهم مسلمون بحر وظاهر ان التقييد بالمرور عليهم اتفاقى (قوله أوغيره الملك بعلمه) من هنا تعلم ما فى كلام العينى من المؤاخذة حيث أطلق فى محل التقييد (قوله لان الاسير الخ) وكذا المتلصص لانهما غير مستأمنين اذ لم يوجد منهما الالتزام لكن ليس للاسير ان يستبيح فروجهم زيلعى والظاهر ان المتلصص كذلك حموى وأقول الضمير فى قول الزيلعى وليس له ان يستبيح فروجهم للتاجر الذى انتقض أمانه بغدر ملكهم لا للاسير كما فهمه السيد الحموى على ان سياق كلام الزيلعى يقتضى انه لا فرق فى عدم استباحة الفروج بين التاجر وغيره كالاسير والمتلصص وصرح فى البحر بأن الاسير كالمتلصص فيجوز له أخذ المال وقتل النفس دون استباحة الفروج الخ (قوله فلو أخرج شيئا الخ) قيد بالاخراج لانه اذا غصب شيئا فى دار الحرب وجب عليه التوبة وهى لا تحصل الا بالرد عليهم فأشبه المشترى شراء فاسدا بحر عن المحيط ونهر ودر أيضا وكان ينبغى التقييد بعدم الاخراج بعد قوله لانه اذا غصب شيئا وكأنه اتكل على ما يستفاد من قول المصنف فلو أخرج شيئا وكذا لو أبدل غصب بأخذ ليشمل ما لو كان المأخوذ غصبا أو اختلاسا لكان أولى اذ لا فرق فى الحكم أخذا من قول المصنف أخرج شيئا (قوله ملكا خبيثا محظورا) حتى لو كان جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشترى منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فان حرمة وطئها على المشترى خاصة ويحل للمشترى منه لان المانع منه ثبوت حق البائع فى الاسترداد و ببيع المشترى انقطع حقه وهنا الكراهة لاجل الغدر والمشترى الثانى كالاول فيه ولو تزوج فى دار الحرب بامرأة منهم ثم أخرجها قهرا الى دارنا ملكها يعنى اذا أضمر فى نفسه انه أخرجها ليبيعها حتى لو أخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاد ان له ان يذهب بزوجته حيث شاء قال فى الفتح ينبغى ان لا يملكها كما لو أخرجها طوعا لان أهل الحرب انما يملكون بالقهر أى الاسر بحر والظاهر ان ماذكره الولوالجى من دفع الزوج الصداق لابيها فى صورة المسئلة قيد اتفاقى (قوله فيتصدق به) وجوبا فان لم يتصدق وباعه صح بيعه ولا يطيب للمشترى الثانى كما لا يطيب للاول كذا فى الجوهرة وأقول هذا مقيد بما اذا علم المشترى بالحرمة بأن علم انه ملكه ملكا محظورا لما فى الحانية المحرمة تتعدد فى الاموال

(باب المستأمن)
الاستئمان طلب الامان من العدو (دخل تاجرا)
حربيا كان أو مسلما (حرم تعرضه
ثمة) أى فى دار الحرب (الانفس
لشئ منهم) أى من الاموال والانفس
مادا موا على شرطهم وانما قيدنا
به لانه اذا غدر ملكهم باخذ ماله
أوحبسه أوغيره الملك بعلمه ولم يمنعه
الملك فحينئذ يجوز ان يتعرض لهم
وانما قيدنا بالتاجر لان الاسير يباح له
التعرض وان أطلقوه طوعا (فلو
أخرج) التاجر (شيئا) من أموالهم
وأنفسهم الينا (ملكه) ملكا خبيثا
(محظورا فيتصدق به) أى بذلك
الشئ (فان أداه حربى أو دان) هذا
التاجر (حربيا أو غصب أحدهما
صاحبه)

مع العلم بها الا فى حق الوارث فان مال مورثه حلال له وان علم بحرمته انتهى وقيده فى الظهيرية بأن لا يعلم أرباب الاموال حموى (قوله أى شيئا من صاحبه) يشير به الى ان فى كلام المصنف حذفا وايصالا أى حذف المفعول ووصل الفعل بضميره (قوله لم يقض بشئ) اما فى الادانة فلانه لا ولاية له وقتها ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى بل فى المستقبل ولا يقضى على المسلم أيضا للمساواة لا لعدم التزام أحكامنا واما فى الغصب فلانه صار ملكا لمن استولى عليه لمصادفته مالا مباحا قال فى الشرنبلالية هذا ظاهر فى مال الحربى واما مال المسلم فلعله بحسب اعتقاد الحربى عدم عصمته وأقول ليس عدم العصمة بالنظر لاعتقاد الحربى كما ظن بل لما قال فى البناية من ان دار الحرب دار القهر والغلبة فاذا استولى أحدهما على مال الآخر فقد ملكه ولا يحكم بالرد حموى (قوله وقال أبو يوسف يقضى على المسلم بالدين) دون الغصب لانه التزم أحكام الاسلام حيث كان الا ترى انهما لو خرجا مسلمين يحكم عليهما بالدين فكذا هذا وأجيب بأنه اذا امتنع فى حق المستأمن امتنع فى حق المسلم أيضا تحقيقا للتسوية بينهما زيلعى وعزاه فى النهر للكافى ثم قال ولا يخفى ضعفه فان وجوب التسوية بينهما ليس فى ان يبطل حق أحدهما بلا موجب بل انما ذلك فى الاقبال والاقامة والاجلاس ونحو ذلك كما فى الفتح قلت حاصل هذا الكلام الميل الى قول أبى يوسف الا ان ما فى المتون هو المذهب نوح أفندى (قوله أدان) بتخفيف الدال من الادانة وقولهم ادان بتشديد الدال من باب الافتعال حموى (قوله أى باع بالدين) كذا فى الزيلعى وغيره وهو ظاهر فى عدم شموله للقرض و يؤيده ما فى القاموس ادان واستدان وتدين أخذ دينا والدين ماله أجل وما لا اجل له فقرض وادانه اشترى منه بالدين أو باع بالدين انتهى مع ان الحكم فيهما واحد لكن فى المغرب ادنته ودينته أقرضته وعلى هذا فما فى الكتاب يشمل القرض أيضا نهر (قوله قضى بالدين بينهما) لوقوعه صحيحا بتراضيهما ولثبوت الولاية حال القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام عينى (قوله لا بالغصب) لان الغاصب ملكه لورود الاستيلاء على مال مباح ولا يؤمر بالرد لان ملك الحربى بالغصب صحيح لا خبث فيه بخلاف المسلم المستأمن اذا غصب منهم حيث يؤمر بالرد لخبث فى ملكه لانه ملكه بالخيانة ولا يقضى عليه به لما بينا زيلعى وقوله لما بينا يشير به الى ما قدمه من ان الحظر لغيره لا يمنع المشروعية كالاصطياد بقوس مغصوب (قوله ولكن يؤمر الغاصب الخ) زاد فى الفتح ويرد الدين أيضا نهر (قوله برد المغصوب منه) أى من مالكه (قوله تجب الدية) لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول نهر (قوله فى ماله) أى فى ثلاث سنين حموى (قوله ولا يجب القود فى ظاهر الرواية) لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا وجود لها دون الامام ومعلوم ان العاقلة لا تعقل العمد فوجبت فى ماله واما الخطأ فانما لم تجب عليهم فيه لان وجوبها باعتبار الصيانة ولا قدرة لهم عليها مع تباين الدارين نهر (قوله ثم قال وقال أبو يوسف ومحمد الخ) غرض الشارح الاشارة الى اختلاف النقل عن الصاحبين فمنهم من ذكرهما مع الامام سوى ما روى عن أبى يوسف من وجوب القصاص فى العمد وهذا يوافق ما ذكره الشارح أولا ومنهم من ذكر ان عدم وجوب القصاص هو قول الامام فقط كقاضيخان (قوله عليه القصاص فى العمد) لان العصمة لا تسقط بدخول دار الحرب والقصاص حق الولى ينفرد باستيفائه والجواب ان الواحد لا يقاوم القاتل ظاهرا فلا فائدة فى الوجوب بدون امكان الاستيفاء فسقط القصاص (قوله كذا فى النهاية) شرح الهداية فالسغناقى متأخر عن قاضيخان و ينقل عنه كثيرا لان قاضيخان عاصر صاحب الهداية شيخنا (قوله وتجب الكفارة أيضا فى الخطأ) لاطلاق النص نهر دون العمد وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله (قوله وعندهما تجب الدية فى العمد والخطأ) لان العصمة لا تبطل بالاسر كالاستئمان وامتناع القصاص لفوات شرطه وهو المنعة وله انه بالاسر صار تبعا لهم بدليل انه يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فبطل الاحراز زيلعى وهذا يقتضى موافقة الصاحبين للامام الاعظم فى اشتراطه المنعة لوجوب القصاص خلافا لما نقله الشارح

أى شيئا من صاحبه فى دار الحرب، (لم
(وخرجا الينا) واستأمن الحربى
يقض) لواحد منهما على صاحبه
(بشئ) من الدين والغصب وقال ابو
يوسف يقضى على المسلم بالدين ادان
أى باع بالدين واستدان أى ابتاع به
واذان بتشديد الدال أى قبل الدين
(وكذا) أى لم يقض لواحد منهما بشئ
(لو كانا حربيين فعلا ذلك) أى ادان
أحدهما الآخر أو غصب أحدهما
صاحبه فى دار الحرب (ثم استأمنا وان
خرجا مسلمين) الينا (قضى بالدين بينهما
لا بالغصب) أى لا يقضى بالغصب
ولكن يؤمر الغاصب برد المغصوب منه
يعنى فيما بينه وبين الله تعالى (مسلمان
مستأمنان) فى دار الحرب (قتل
أحدهما صاحبه تجب الدية فى ماله)
مطلقا سواء كان عمدا أو خطأ ولا يجب
القود فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف
ان القود فى العمد وذكر الامام قاضيخان
هذه المسئلة فى الجامع الصغير وجعل
هذا الحكم قول أبى حنيفة ثم قال
وقال أبو يوسف رحمه الله ومحمد عليه
القصاص فى العمد كذا فى النهاية
(و) تجب (الكفارة) أيضا (فى
الخطأ) وعند الشافعى تجب الكفارة
فى العمد أيضا (ولا شئ فى الاسيرين)
المسلمين اذا قتل احدهما صاحبه فى
دار الحرب مطلقا سواء كان عمدا أو
خطأ (سوى الكفارة فى الخطأ) عند أبى
حنيفة وعندهما تجب الدية فى العمد
الخطأ وعند الشافعى يجب القصاص
فى العمد والدية فى الخطأ

عن النهاية معزيا بالقاضيخان (قوله ولا شئ في قتل مسلم مسلما اسلم ثمة) اتفاقا لعدم الاحراز بدارنا لانهم اعلم ان دار الحرب تمنع وجوب ما يندرئ بالشبهات خلافا للشافعي لان أحكامنا لا تجرى في دارهم وحكم دارهم لا يجرى في دارنا حتى لو أسلم حربي في دار الحرب وقتل مسلما دخل دارهم بامان لا يجب القصاص وكذا المسلمان اذا دخلا دار الحرب بالاستئمان فقتل احدهما الآخر لا قصاص عندنا خلافا له وكذا المسلم اذا شرب الخمر أو زنى أو قذف في دارهم لا يجب الحد عندنا خلافا له حموي عن العمادي اه

(فصل قوله لا يمكن الخ) والاصل فيه أن الكافر لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق أو جزية لانه يبقى ضررا على المسلمين لكونه عينا لهم وعونا علينا ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع المنافع من الميرة والجلب وسد باب التجارات ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية ثم ان رجع الى وطنه بعد مقالة الامام له ذلك قبل تمام السنة فلا سبيل عليه زيلعي وهل المراد السنة الشمسية او القمرية حموي والعين هو الجاسوس والعون الظهير على الامور والجمع الاعوان والميرة الطعام يمتاره الانسان من ماره يميره والجلب والاجلاب الذين يجلبون الابل والغنم عناية (قوله مستأمن) قيد به لانه لو دخل دارنا بلا امان فهو وما معه في جماعة المسلمين ولا يختص به الآخذ عند أبي حنيفة وظاهر قولهما انه يختص به ولو دخل الحرم قبل ان يؤخذ فعند أبي حنيفة يؤخذ ويكون فيئا وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يخرج بحر عن الفتح وعبارة التنوير حربي أو مرتد أو من وجب عليه قود التجأ بالحرم لا يقتل بل يحبس عنه الغذاء ليخرج فيقتل اه وفي البحر عن المحيط اذا دخل دارنا بلا أمان فهو فيء عند الامام أخذ قبل الاسلام أو بعده وعندهما ان اسلم قبل الاخذ فهو حر ولو رجع الى دار الحرب خرج من ان يكون فيئا وعادحرا واذا ادعى الدخول بالامان لا يصدق وان قال شخص من المسلمين أنا أمنته الا ان يشهد رجلان غيره واذا قال أنا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة يكون آمنا ولا يحتاج الى أمان خاص بل بكونه رسولا يأمن وان لم يعرف فهو مزور فيكون هو ومن معه فيئا انتهى (قوله وقيل له) أي من قبل الامام درر اعم من ان يكون القائل هو الامام أو نائبه (قوله ان أقمت سنة) قيد اتفاقي لجواز توقيت ما دونها كشهر وشهرين درر لكن لا ينبغي ان يلحقه ضرر بتقصيره المدة جدا درر عن الفتح خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج في قضائها الى مدة مديدة نهر (قوله وضع عليك الجزية) الوضع عليه ليس بشرط فلو قال أخذنا منك الجزية لكان أظهر نهر والجزية بوزن فعلة اسم للمال الذي يؤخذ من الذمي من الجزاء بمعنى القضاء لانه يجزي عن دمه حموي (قوله أي بعد ما قيل له) ظاهر في توقف كونه ذميا على قول الامام أو نائبه ما مر حتى لو أقام سنين من غير ان يقول له شيئا كان له ان يرجع ولفظ المبسوط يدل على انه ليس بشرط قال في الفتح والوجه هو الاول وبما في المبسوط جزم في الدرر وتظهر فائدة الخلاف في ابتداء المدة التي يصير باقامتها ذميا فعلى الاول من وقت التقدم وعلى الثاني من وقت الدخول ولا جزية في حول المكث الا بالشرط ولو مات المستأمن في دارنا وله ورثة في دار الحرب وقف ماله لهم فان قدموا كلفوا اقامة البينة ولو من أهل الذمة فيدفع المال اليهم بكفيل قيل هذا قولهما وقيل هو قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه نهر (قوله فهو ذمي) فيجري القصاص بينه وبين المسلم ويضمن المسلم قيمة خمره وخنزيره بالاتلاف وتجب الدية عليه بقتله خطأ ويجب كف الاذى عنه وتحرم غيبته كالمسلم تنوير والذمة هي العهد فلهذا سمي ذميا لانه عاهد المسلمين على ترك الحراب ولان نقضه يوجب الذم حموي (قوله فلم يترك ان يرجع اليهم) لان عقد الذمة خلف عن الاسلام فلا ينقض عهدها ولا يمكن الذمي من دخول دار الحرب لحاجة أو تجارة كما هو ظاهر كلام المصنف بحر تفقها (قوله بأن دخل حربي دارنا بامان الخ) قال الحموي فيه قصور فليراجع البحر والنهر قال شيخنا كان الاولى الامر بمراجعة الزيلعي لنقل صاحب البحر عنه ووجه القصور الذي ادعاه انه بمجرد شرائه الارض الخراجية لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة وصححه الزيلعي وهو ظاهر الرواية كما في السراج كذا في البحر وفيه ان الشارح لم يقتصر في تصوير وضع الخراج

(ولا شئ في قتل مسلم مسلما أسلم ثمة) مطلقا سواء كان عمدا أو خطأ سوى الكفارة في الخطأ وعند الشافعي تجب الدية في الخطأ والقود في العمد
(فصل لا يمكن مستأمن) ان يقيم (فينا) أي في دارنا (سنة) كاملة (وقيل له ان أقمت سنة وضع عليك الجزية فان مكث بعده) أي بعد ما قيل له (سنة فهو ذمي فلم يترك ان يرجع اليهم كما لا يترك (لو وضع عليه الخراج) بأن دخل حربي دارنا بأمان واشترى ارض خراج

عليه على الشراء بل قرن به وضعه عليه وحينئذ فلا قصور فى كلامه اه (قوله ووضع عليه خراج الارض) بأن ألزم به وأخذ منه عند حلول وقته بمباشرته سببه وهو زراعة الارض او التمكن منها اذا كانت فى ملكه أو زرعها بالاجارة وكان خراج مقاسمة لانه يؤخذ منه لامن المالك وأطلق فى صيرورته ذميا بتوظيف الخراج عليه اذ هو المراد من وضعه كما فى البحر عن البناية فعم مالو غصبت منه وزرعها الغاصب وهو الصحيح وان سقط عنه الخراج بخلاف مالو زرع الحربى أرضه الخراجية فاصطلم الزرع آفة لا يصير ذميا لعدم لزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وكذا يصير ذميا اذا استعارها من ذمى (قوله أو نكحت ذميا) ظاهره ان النكاح حادث بعد دخولها دارنا وهو ليس بشرط فلو قال أو صار لها زوج ذمى أو مسلم لكان أولى ليشمل ما اذا دخل المستأمن بامرأته دارنا ثم صار الزوج ذميا فليس لها الرجوع وكذا لو أسلم زوج الكتابية بخلاف ما اذا أسلم وهى مجوسية بحر وذكر فى النهر ما نصه وقيد بالذمى ليفيد انها تصير ذمية بنكاح المسلم بالاولى وكذا لو صار الزوج ذميا وهذه ترد على المصنف الا ان يعطى للدوام حكم الابتداء اه فهذا من صاحب البحر والنهر كالتصريح بأن كلام المصنف لا يستفاد منه حكم ما اذا صار زوجها ذميا أو أسلم زوجها وهى كتابية واذا كان كذلك فما قيل ان كلام المصنف يشير الى انه لو صار زوجها ذميا أو أسلم زوج الكتابية تصير ذمية بالاولى لغير مسلم وعزوه ذلك للبحر غير صحيح وكيف يصح عزو ذلك للبحر مع ما قدمناه عنه من قوله لو قال أو صار لها زوج ذمى أو مسلم لكان أولى ليشمل الخ او كيف يتوهم استفادة ذلك من كلامه بالاولى مع قوله فى النهر وهذه ترد على المصنف واعلم انها تصير ذمية بمجرد العقد من غير توقف على الدخول بحر (قوله لا عكسه) لامكان طلاقها ولو نكحها هنا فطالبته بمهرها فلها منعه من الرجوع تتارخانية فلو لم يوفه حتى مضى حول ينبغى ان يصير ذميا على ما مر عن الدرر ومنه علم حكم الدين الحادث فى دارنا در والتقييد بقوله ولو نكحها هنا للاحتراز عما لو كان النكاح هناك حيث لا تملك منعه من الرجوع بحر (قوله فان رجع اليهم) ولو لغير داره در (قوله أو دين عليهما) أى المسلم والذمى والافصح افراد الضمير حموى (قوله حل دمه) لانه بطل أمانه وظاهره انه لا فرق بين كونه قبل الحكم بكونه ذميا أو بعده لان الذمى اذا لحق بدار الحرب يصير حربيا وقوله وله وديعة الخ هذه الجملة سقطت فى بعض النسخ وهو الاولى لان جواز قتله بعوده ليس موقوفا على ذلك بحر ولك ان تقول انما فرضها كذلك ليشير الى ان بطلان أمانه فى ذاته لا يوجب بطلانه فى ماله فيبقى ماله على ما هو عليه نهر وتعقبه السيد الحموى بأن دعوى ان فرض المسئلة كذلك يشير الى ما ذكر ممنوع اذ ليس فى كلامه ما يفيد هذه الاشارة وعلى تسليمه فالكلام فى الاولوية ولا شك ان حذف هذه الجملة أولى من ذكرها لايهامها ما ليس مرادا ولو بعث من يأخذ الوديعة والقرض وجب التسليم اليه ولو كان عليه دين لمسلم أو ذمى ينبغى ان يوفى منه فان كانت الوديعة من غير جنس الدين باعها القاضى ووفى منها نهر (قوله أو ظهر عليهم) فى المغرب ظهر عليه أى غلب قال فى البحر فينبغى ضبطه بالبناء للمجهول اه وسيأتى فى كلام الشارح تفسير الظهور بالغلبة (قوله سقط دينه وصارت وديعته فيئا) اعلم ان ما ذكره المصنف من سقوط دينه وصيرورة وديعته فيئا فى ثلاثة أوجه الاول ان يظهروا على الدار ويأخذوه الثانى ان يظهروا ويقتلوه الثالث ان يأخذوه مسبيا من غير ظهور فقوله فاذا أسر بيان للوجه الثالث وقوله أو ظهر عليهم بيان للاولين لانه أعم من ان يقتلوه أولا لكنه شامل لما اذا ظهر عليهم وهرب فان ماله يبقى له كما سيأتى فلا بد من تقييد الظهور عليهم بأن يأخذوه أو يقتلوه وانما صارت وديعته غنيمة لانها فى يده تقديرا لان يد المودع كيده فتصير فيئا تبعا لنفسه وانما سقط الدين لان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق من يد العامة فيختص به وينبغى ان تكون العين المغصوبة كالدين لعدم المطالبة وليست يد الغاصب كيده والرهن للمرتهن بدينه عند أبى يوسف وعند محمد يباع ويوفى دينه والزيادة فىء وينبغى ترجيحه لان ما زاد على قدر الدين فى حكم الوديعة بحر ورده فى النهر بان الوديعة انما كانت فيئا لما مر انها فى يده حكما ولا كذلك الرهن وتعقبه الحموى فقال قوله ولا كذلك الرهن

ووضع عليه خراج الارض أى وظف عليه صار ذميا (أو نكحت) حربية ذميا لا عكسه) أى ان دخل حربى دارنا بأمان فتزوج ذمية فيرجع اليهم ان شاء ولا يصير ذميا (فان رجع الحربى المستأمن (اليهم وله وديعة عند مسلم) فى دارنا (أو) عند (ذمى أو دين عليهما حل دمه) وما فى دار الاسلام منه ماله على خطر أى شرف الزوال (فان اسر) الراجع (أو ظهر عليهم فقتل) هذا الراجع بعد الغلبة (سقط دينه) ولا يصير فيئا (وصارت وديعته فيئا)

لا يشبه ما الكلام فيه لان الكلام في الزائد وهو أمانة غير مضمون كالوديعة فيكون في يده حكما والعين المؤجرة كالعين المغصوبة تصير فيئا انتهى واعلم ان المصنف لو أبدل قوله وصارت وديعته فيئا بقوله وصار ماله فيئا لكان أولى اذ لا خصوصية للوديعة لان ما عند شريكه ومضاربه وما في بيته كذلك ثم اعلم ان ماله وان كان غنيمة لا خمس فيه وانما يصرف مصرف الخراج والجزية لانه مأخوذ بقوة المسلمين عند أبي يوسف وقال محمد يكون فيئا السرية التي أسرت الرجل ويعتق مدبره الذي دبره في دارنا وأم ولده بأمره بحر واعلم ان ما علل به في النهر سقوط الدين من ان اثبات اليد عليه بالمطالبة وقد سقطت ولا طريق لجعله فيئا لانه الذي يؤخذ قهرا ولا يتصور ذلك في الدين تعقبه الحموي بأن الصواب ان يعلل بأن الفيء ما نيل من أهل الشرك بعد وضع الحرب أوزارها وصيرورة الدار دار اسلام وليس الدين من هذا القبيل وأما ما علل به فانما يناسب الغنيمة لا الفيء وذكر في موضع آخر ما نصه قوله ولا طريق لجعله فيئا الخ مثله في الزيلعي والمراد به الغنيمة اذ هي التي تؤخذ قهرا كما تقدم وأما الفيء فما أخذ بعد الفتح ونقل عن المفتاح ان الفيء ما يرجع الى جماعة المسلمين من مال الكفار من الغنيمة والخراج وقال بعض الشارحين ما يحل من أموال المشركين اه (قوله وعن أبي يوسف ان الوديعة الخ) لان يده فيها أسبق فكان بها أحق زيلعي (قوله وان قتل الراجع ولم يظهر عليهم أومات الخ) فيه قصور اذ لو ظهروا عليهم فهرب كان الحكم كذلك كما في البحر ونصه وفي وجهين يبقى ماله على حاله فيأخذه ان كان حيا أو ورثته ان مات الاول ان يظهروا على الدار فيهرب الثاني أن يقتلوه ولم يظهروا على الدار أو يموت لان نفسه لم تصر مغنومة وكذلك ماله ولو عبر بالدين بدل القرض لكان أولى ليشمل سائر الديون انتهى فان قلت فعلى هذا يشكل جعله هذه الاوجه وجهين لانها ثلاثة قلت كانه ادخل القتل في الموت (قوله وله زوجة) اعلم ان مزج الشارح بقوله وقد كان له زوجة أولى من مزج العيني وغيره كالنهر حيث قال والحال ان له زوجة لما فيه من المحافظة على ابقاء اعراب المتن على حاله حموي (قوله صغيرا أو كبيرا) مقتضاه ان يقرأ الولد في كلام المصنف بفتح الواو واللام وكلام الزيلعي يقتضي ان يقرأ صيغة الجمع بضم الواو وتسكين اللام لانه قال أي صغار وكبار (قوله فاسلم هنا) أي في دارنا وصار ذميا نهر (قوله فالكل فيء) أما المرأة وأولاده الكبار فلانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لانه جزؤها وأما أولاده الصغار فلان شرط التبعية في الاسلام اتحاد الدار وهو مفقود فلو سبي الصبي في هذه المسئلة وصار في دارنا فهو مسلم تبعا لابيه مع بقاء كونه فيئا وأما أمواله فلانها لا تصير محرزة باحراز نفسه لاختلاف الدار وقوله عليه السلام عصموا مني دماءهم وأموالهم ليس على اطلاقه بل بالنسبة للمال الذي في يده وما في معناه بحر (قوله وان أسلم ثمة) أي المذكور لان النكرة اذا أعيدت معرفة تكون عينا حموي (قوله فولده الصغير حر مسلم) لان الدار متحدة (قوله وما أودعه عند مسلم أو ذمي فهو له) لان يده محترمة ويده كيده بحر (قوله وغيره) شامل للعين المغصوبة في يد المسلم أو الذمي فتكون فيئا لعدم النيابة بحر (قوله ومال في يد حربي) لان يده ليست بمحترمة وكذا عقاره زيلعي (قوله أي غنيمة للغانمين) يشير الى ان الفيء بمعنى الغنيمة مجازا حموي (قوله ومن قتل مسلما الخ) المسئلة رباعية مسلم قتل مسلما لا ولي له خطأ فديته على عاقلته للامام مسلم قتله عمدا فالامام بالخيار بين ان يقتص أو يصالح على الدية وليس له العفو مسلم قتل حربيا قد أسلم بعد ما جاءنا بأمان خطأ فديته على عاقلته كما تقدم مسلم قتله أي الحربي بعد اسلامه عمدا فالامام بالخيار كما مر شيخنا (قوله والحال انه لا ولي له) هذا أولى مما ذكره في المفتاح من جعله جملة قوله لا ولي له أي لا يعرف له ولي لا حاضر ولا غائب صفة مسلما لما ذكره السيد الحموي من عدم جواز الفصل بين الصفة والموصوف (قوله أو قتل حربيا جاءنا بأمان فاسلم) قيده في النهر بما اذا لم يكن له ولي في دارنا قال وبهذا تغاير موضوع المسئلتين فقوله في البحر لو اقتصر على الاولى لعلمت الثانية فيه نظر انتهى وسيأتي في الشرح التصريح بما يفيد موافقة ما ذكره في النهر قال الحموي وفي النظر نظر اذ وجود الولي في دار الحرب كلا وجود

وعن أبي يوسف ان الوديعة تصير
مملوكة للمودع (وان قتل) الراجع (ولم
يظهر عليهم أومات) الراجع (فقرضه
ووديعته لورثته) فيرد عليهم كما يرد
عليه في حياته (فان جاءنا حربي بأمان
و) قد كان (له زوجة ثمة وولد) سواء
كان صغيرا أو كبيرا (ومال) أودع
بعضه (عند مسلم و) بعضه عند (ذمي
و) بعضه عند (حربي فأسلم هنا) أي
في دارنا (ثم ظهر عليهم فالكل فيء وان
أسلم ثمة فجاءنا فظهر عليهم فولده الصغير
حر مسلم وما أودعه عند مسلم أو ذمي
فهو له وغيره) كالمرأة وحملها وأولاده
الكبار ومال في يد حربي (فيء) أي
غنيمة للغانمين (ومن قتل مسلما خطأ
و) الحال أنه (لا ولي له) أصلا لا حاضرا
ولا غائبا (أو) قتل (حربيا جاءنا
بأمان فأسلم فديته على عاقلته) أي
على عاقلة القاتل

الا ان يحضر فيدعى فيكون المال له فليحرر انتهى (قوله للامام) أى حق أخذها له فيضعها فى بيت المال وهذا هو المقصود والا فحكم القتل الخطأ معلوم وغذ لم يذكر الكفارة نهر وانما كان حق الاخذ للامام لعدم الورثة ولهذا قيد المصنف المسئلة بأنه لا ولى له (قوله أولم يسلم) صريح فى عدم وجوب الدية بقتله كالمرتد واستشكله السيد الحموى بأن المستأمن لا يحل التعرض له فكيف لا تجب الدية بقتله وقد يقال لا يلزم من حرمة التعرض لماله ودمه ان يكون معصوم النفس لان حرمة ذلك لعقد الامان لا لكونه معصوما انتهى وأقول ما مشى عليه الشارح موافق لما فى النهاية من هذا المحل وهو مخالف لما فى الزيلعى آخر كتاب الجنايات ونصه ودية المستأمن مثل دية الذمى فى الصحيح وقال أيضا ودية المسلم والذمى والمستامن سواء فكان ماهنا على غير الصحيح شيخنا (قوله القتل أو الدية بطريق الصلح) لان موجب العمد هو القود عينا لان الدية وان كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود عليهم من قتله منفعة أخرى وهى ان ينزجر أمثاله وشمل كلامه اللقيط فان قتل خطأ فالدية للامام قتله الملتقط او غيره وان قتل عمدا خير كما فى الكتاب وهو قولهما وقال أبو يوسف ليس له القصاص لانه لا يخلو عن الوارث غالبا أو هو محتمل فكان فيه شبهة وهو يسقط بها ولهما ان المجهول الذى لا يمكن الوصول اليه ليس بولى لان الميت لا ينتفع به فتنتقل الولاية للسلطان كما فى الارث زيلعى وهو يفيد أن من لا وارث له معلوما فارثه لبيت المال وان احتمل ان يكون له وارث وكذا من لا وارث له ظاهرا اذا أوصى بجميع ماله فانه يعطى كل ماله وان احتمل ان يجىء وارث لكن بعد التأنى بحر وتبعه فى النهر ونص عبارته من لا وارث له معلوم يرثه بيت المال قال شيخنا المصرح به فى كتب المذهب ان بيت المال غير وارث وانما يوضع مال من لا وارث له فيه امانة ليصرف مصارفه اه أى مصارف بيت المال (قوله بطريق الصلح والتراضى) لا يقال تردد من له الحق يوجب سقوط القصاص كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث غير المولى لانا نقول السلطان هنا نائب عن العامة فصار الولى واحدا بخلاف مسئلة الكتاب زيلعى وهل اذا طلب الامام الدية ينقلب القصاص مالا كما فى الولى فليتأمل شرنبلالية واقول اعتبارهم الصلح والتراضى ظاهر فى انه لا ينقلب مالا بمجرد طلب الامام الدية بخلاف الولى بل لا بد من رضا القاتل هنا كما فى النهر حيث قال والواجب فى العمد اما القتل قصاصا أو الدية صلحا برضا القاتل لكن ذكر بعد ما ينافى ذلك فقال والخيار الى الامام فايهما رآه اصلح فعله انتهى فآخر كلامه يقتضى عدم اعتبار رضا القاتل وهذه مناقضة ظاهرة والعجب من السيد الحموى كيف نقل عبارة النهر برمتها واقرها (قوله لا العفو) أى ليس له العفو لان الحق للعامة والامام نائب عنهم فيما هو انظر لهم وليس من النظر اسقاط حقهم مجانا نهر (تتمة) الداردار ان عندنا دار اسلام ودار حرب وعند الشافعى الدنيا دار واحدة والبلاد اجزاؤها فلا تتغاير احكامها وعلى هذا الاصل مسائل منها لحوق المرتدين بدار الحرب ومنها وقوع الفرقة بتباين الدارين حموى عن البناية والفرق جمع فرقة وذكر ان قارى الهداية سئل عن البحر الملح امن دار الحرب أو الاسلام فاجاب بانه ليس من احد الفريقين لانه لا قهر لاحد عليه اه قال لكن فى شرح النظم الهاملى سطح البحر له حكم دار الحرب انتهى

(باب العشر والخراج والجزية)

بيان لما يؤخذ من الذمى بعد بيان ما يصير به ذميا وذكر العشر لتتميم الوظائف المالية بحر وقدمه لما فيه من معنى العبادة لكن فيه عنونة الباب بما ليس بمقصود وقد استقبحه الجرجانى نهر ومن ثم قال فى المفتاح حقه ان يقول باب الخراج لانه لبيان وظيفة ما على الذمى حموى (قوله من غلة الارض) أو الغلام حموى عن المغرب (قوله ثم سمى ما يأخذ السلطان خراجا) مجازا من اطلاق الكل وارادة البعض أو من اطلاق السبب وارادة المسبب حموى (قوله كلها عشرية) وان سقيت بماء الخراج لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على الكفر كما فى سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف

(للامام) وانما قيد بقوله لا ولى له لانه لو كان له ولى فالامر اليه وقيد بقوله اولم يسلم لانه لولم يكن مستأمنا بامان وباسلام فقتل لاشئ عليه (وفى العمد القتل او الدية) بطريق الصلح والتراضى (لا العفو) فى المسئلتين

(باب العشر والخراج والجزية) الخراج اسم لما يخرج من غلة الارض ثم سمى ما يأخذه السلطان خراجا فيقال ادى فلان خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤسهم يعنى الجزية كذا فى المغرب (ارض العرب) كلها عشرية

بحر ولانه عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من ارض العرب وتعقبه في النهاية بانه ليس له اصل في كتب الحديث ولم يجب عنه وجوابه ان العدم لا يحتاج الى اصل لانه لو اخذ منهم الخراج لنقل ولما لم ينقل دل على عدمه ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم (قوله وهي ما بين الخ) فيه تسمح لانه يقتضي خروج الحدين وفي بعض النسخ ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن وفيه نظر لانه سيذكر ان سواد العراق ما بين العذيب الخ وهو يقتضي ان العذيب عشري ومقتضى ما مر انه خراجي وفي البحر عن المغرب معزيا الى أبي يوسف في الامالي حدود ارض العرب ما وراء حد والكوفة الى اقصى صخرة باليمن (قوله يبرين) هو رمل لا تدرك اطرافه عن يمين مطلع الشمس من حجر اليمامة قرب حلب ويقال ابرين وقد يقال في الرفع يبرون والسماوة موضع بين الكوفة والشأم حموي عن القاموس (قوله وهي ارض الحجاز الخ) المقصود بيان ما ابهم في التفسير السابق حموي (قوله ومكة) هذا على ما ذكره الكرخي والذي ذكره غيره ان مكة من تهامة بكسر التاء وفتحها الا انها اسم لكل ما نزل عن نجد من بلاد الحجاز سميت بذلك من التهم بفتح التاء والهاء وهو شدة الحر أو لتغير هوائها يقال تهم الدهر اذا تغير نهر فما ذكره الحموي تهامة من مكة صوابه مكة من تهامة وأما جزيرة العرب فحدها طولا من عدن الى ريف العراق وعرضا الى ارض الشأم حموي (قوله وما اسلم اهله) ذكر الضمير هنا وفيما سيأتي مراعاة للفظ ما (قوله بغير قهر) تأمل في هذا القيد والظاهر انه اتفاقي شيخنا ثم رأيت لحموي ذكر انه لا وجه لهذا التقييد (قوله عنوة) بالفتح والفقهاء يعدلون عن الصواب فيضمون العين وهو من الاضداد يطلق على الطاعة والقهر وهو المراد هنا نهر (قوله أي قهرا) في تفسير العنوة بالقهر نظر حموي يشير الى ما سبق من ان العنوة ليست بمعنى القهر حقيقة لانها من عنا يعنو ذل وخضع وقهرا متعد وجوابه كما يستفاد مما سبق انه تفسير بلازم المعنى الحقيقي أو بيان للمعنى المجازي (قوله أو قسم بين الغانمين الخ) ولو قسمها بينهم ووضع الخراج عليها يجوز اذا كانت تسقى بماء الخراج درر ويخالفه ما قال الكمال اذا قسمت بين المسلمين لا يوظف ا. العشر وان سقيت بماء الانهار شرنبلالية (قوله عشرية) لان المسلم لا يبدأ بالخراج صيانة له عن الذل لما فيه من معنى الجزية وفي العشر معنى القربة درر (قوله ما بين العذيب) والعذيب بضم العين المهملة وفتح الدال المعجمة وبالباء الموحدة ماء لتميم شرنبلالية لكن نقل الحموي عن الجوهرة انه قرية من قرى الكوفة وحلوان بضم الحاء المهملة اسم بلد والعلث بفتح العين المهملة وسكون اللام وبالثاء المثلثة قرية موقوفة على العلوية على شرقي دجلة شرنبلالية وهي اول العراق حموي عن البناية وعبادان حصن صغير على شاطئ البحر شرنبلالية أي بحر فارس بقرب البصرة شرقا منها كما في الصحاح (قوله وعقبة حلوان) لم يبين غاية العرض والصواب الى عقبة حلوان حموي وأقول دعوى انه لم يبين غاية العرض يرده قول الشارح في العرض ولا شك ان كلمة ما بين بمعنى من والى والتقدير وهو من العذيب الى عقبة حلوان فسقط ما ادعاه من التصويب وبالايام اثنان وعشرون يوما ونصف يوم والعرض عشرة ايام نهر (قوله من الثعلبية) بفتح المثلثة وسكون العين منزل من منازل البادية (قوله وقيل من العلث) مقتضى التعبير بقيل ضعفه مع انه في الدر نقل عن صاحب المنح معزيا الى المغرب ما نصه وما قيل من الثعلبية غلط انتهى (قوله الى عبادان) قال في المصباح عباد بلفظ اسم الفاعل للمبالغة اسم رجل ومنه عبادان على صيغة التثنية بلد على بحر فارس بقرب البصرة وقيل جزيرة احاط بها شعبتا دجلة ساكبتين في بحر فارس حموي (قوله لخضرة اشجاره) يعني والعرب تسمي الاخضر اسود لانه يرى كذلك على بعد حموي عن المصباح (قوله وما فتح عنوة الخ) خص منه مكة لانه عليه الصلاة والسلام افتتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف عليها الخراج عيني وقالوا اراضي مصر والشأم خراجية در ولو باعها او وقفها بقي الخراج فيجب الخراج على الموقوف من الاراضي المصرية لكن في الفتح المأخوذ الآن منها اجرة لا خراج الا ترى ان الاراضي ليست مملوكة للزراع وكانه لموت المالكين شيئا فشيئا من غير وارث فصارت لبيت المال

وهي ما بين العذيب الى أقصى اليمن في الطول وأما العرض فمن رمل يبرين الى منقطع السماوة وهي أرض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية أي البادية (وما أسلم أهله) أي كل أرض أسلم أهلها بغير قهر (أو فتح عنوة) أي قهرا (وقسم بين الغانمين عشرية فالسواد) أي سواد العراق وهو ما بين العذيب وعقبة حلوان في العرض وأما الطول فمن الثعلبية وقيل من العلث الى عبادان وانما سمي سوادا لخضرة أشجاره وزرعه (وما فتح عنوة) وغلبة

وينبغي على هذا ان لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشئ منها الا ان نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره الا لضرورة عدم وجود ما ينفقه سواه وهذا على رأي المتقدمين اما على رأي المتأخرين المفتى به فيزاد ما اذا رغب فيه بضعف قيمته فكذلك نقول للامام بيع العقار لغير حاجة اذا رغب فيه بضعف قيمته بحر ولو اراد السلطان ان يشتريها لنفسه يأمر غيره بان يبيعها ثم يشتريها منه لنفسه واذا لم يعرف الحال في الشراء من بيت المال فالاصل هو الصحة وبهذا عرف صحة الوقف في الارض المنقولة بالشراء من بيت المال وان شروط الواقفين يجب اتباعها لا انها باقية على حكم بيت المال كما قد توهم وعرف انه لا خراج على اراضيها نهر لان الامام قد أخذ الثمن لبيت المال فلا يعكس بعد ان تكون المنفعة له كلها أو بعضها شيخنا عن التحفة المرضية واعلم ان ما سبق عن النهر من قوله ولو اراد السلطان ان يشتريها يأمر غيره بان يبيعها الخ لعل الصواب يأمر غيره بان يشتريها بقي ان يقال ما سبق من ان شروط الواقفين يجب اتباعها يقتضي تعين المكان الذي عينه الواقف للقراءة وما في الاشباه من كتاب الوقف مما يوهم خلاف ذلك اما مؤول او ضعيف كما في حاشية الحموي (قوله واقر اهله عليه) حذفه بعضهم لانه ليس بشرط في كونها خراجية انما الشرط عدم قسمتها نهر عن الطحاوي ويمكن ان يحمل كلام المصنف عليه بجعل اقرار الاهل كناية عن عدم القسمة ومعلوم ان الملحوظ في الكناية انما هو اللازم لا الملزوم حتى صح الكناية وان استحال ارادة الملزوم كما حققه السعد في التلويح حموي (قوله خراجية) اما السواد فلان عمر وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة وكذا على مصر حين فتحها عمرو بن العاص سنة عشرين من الهجرة واجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام حين افتتح عمر رضي الله عنه بيت المقدس ومدن الشام كلها فتحت صلحا واراضيها فتحت عنوة على يد يزيد بن أبي سفيان وغيره واختلف في دمشق هل فتحت صلحا أو عنوة وأكثر العلماء على انه استقر أمرها على الصلح وقيل بل فتح بعضها صلحا وبعضها عنوة ونص ابن اسحاق وأبو عبيدة ان فتح دمشق كان سنة أربع عشرة من الهجرة واما اما أقر أهلها عليها فلان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به لما فيه من معنى العقوبة لانه شبه الجزية التي هي عقوبة على الكافر ولان في الخراج تغليظا ولهذا يجبر عليه وان لم يزرع لانه يتعلق بعين الارض واما العشر فتعلق بالخارج وكذا تكون خراجية أيضا لو نقل اليها غير أهلها حموي واعلم ان نقل أهل الذمة عن أراضيهم الى أرض أخرى يصح بعذر كان لا يكون لهم شوكة فيخاف عليهم من أهل الحرب أو يخاف علينا منهم بأن يخبر وهم بعورات المسلمين ولهم قيمة أراضيهم أو مثلها ساحة من أرض أخرى وعليهم خراج هذه لا الاراضي التي انتقلوا اليها وفي رواية خراج المنقول عنها والاول أصح شرنبلالية (فرع) للسلطان حبس الغلة حتى يستوفي الخراج حموي عن المفتاح (قوله أرض موات) صوابه أرضا موات الا ان مقتضى هذا المزج ان يقرأ موات بالجر في كلام المصنف ولا وجه له الا بحذف المضاف الذي هو أرض وابقاء عمله وهو شاذ لا يقاس عليه حموي وهذا على ما وقع في بعض النسخ التي وجد فيها لفظة أرض من كلام الشارح واما على ما وقع في بعضها من انها من المتن فلا حذف والسيد انما كتب على النسخة التي فيها حذف المضاف وابقاء موات على جره وكون الفعل مبنيا للفاعل شيخنا (قوله يعتبر قربه) لان حيز الشئ يعطى له حكمه عيني (قوله وان كانت بين الخراجي والعشري فعشرية) رعاية لجانب المسلم (قوله وقال محمد ان احياها بماء السماء الخ) لان سبب النماء والحياة هو الماء فكان اعتباره أولى عيني والمختار قول أبي يوسف حموي عن القراحصاري (قوله أو عين استنبطها) أي في أرض عشرية درر (قوله أو بئر حفرها) في أرض عشرية درر (قوله أو ماء الفرات) هو نهر الكوفة (قوله ودجلة) نهر بغداد وجوز في القاموس في الدال الكسر والفتح نوح أفندي (قوله وجيحون) نهر ترمذ وسيحون نهر خجند من أرض الهند ومن هنا ظهر ان ما في الدرر من قوله سيحون نهر خجند لا يخالف ما في الصحاح من قوله سيحون نهر بالهند خلافا لما ذكره نوح أفندي واعلم ان عبارة القاموس على ما ذكره نوح أفندي تفيدان سيحون

(وأقر أهله عليه أو صالحهم خراجية
(و) أصلح وزرع أرض (موات
ولو أحيا) عند أبي يوسف فان كانت
يعتبر قربه) فهي خراجية وان كانت
بقرب الخراجي فهي عشرية وان كانت
بقرب العشري فهي عشرية وقال
بين الخراجي والعشري فعشرية وقال
محمد ان أحياها بماء السماء أو عين
استنبطها أو بئر حفرها أو بماء الفرات
ودجلة وجيحون والانهار العظام التي
لا يملكها أحد فهي عشرية وان
أحياها بماء نهر

نهران أحدهما بما وراء النهر والآخر بالهند ونص عبارته سيحون نهر بما وراء النهر ونهر بالهند انتهى بقي ان يقال ماسبق من ان جيحون نهر ترمذ مصرح به في الدر ولكن ذكر نوح أفندي انه مخالف لما في القاموس والصحاح ففي القاموس جيحون نهر خوارزم وفي الصحاح جيحون نهر بلخ (قوله حفرها الاعاجم) مقتضاه ان يقرأ نهر بضم النون والهاء ليكون صيغة جمع (قوله كنهر الملك) هو كسرى حموى (قوله يزدجرد) ملك من ملوك العجم حموى عن النهاية وهو بفتح الياء وسكون الزاي المعجمة وفتح الدال المهملة وضم الجيم وسكون الراء المهملة وآخره دال مهملة شيخنا (قوله وان كان في حيز أرض العشر) لو زاد وقال أو احياها بماء العشر لكان أولى دفعا للايهام اذ الظاهر من كلامهم انه اذا كان ذميا فعليه الخراج مطلقا بالاتفاق واقتصار الشارح على قوله وان كان في حيز أرض العشر يوهم ان التقييد بالنسبة لقول أبي يوسف فقط (قوله والبصرة عشرية) لاجماع الصحابة عليه والقياس ان تكون خراجية لانها فتحت عنوة وأقر أهلها عليها وهي من جملة أراضي العراق ولكن ترك ذلك باجماعهم در كما خرج عن القياس مكة تعظيما لها وما علل به في الهداية وجه القياس من ان البصرة من حيز أرض الخراج فليس بظاهر نهر عن الزيلعي لانه انما يعتبر الحيز في الحياة الخ (قوله وخراج جريب الخ) لانه المنقول عن عمر فانه بعث عثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان فمسحا سواد العراق فبلغت ستة وثلاثين ألف ألف جريب ووضعا على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا ولان المؤن متفاوتة فيجب على اخفها الاكثر وعلى أكثرها الاقل وعلى الوسط الوسط زيلعي بيان تفاوت المؤن ان الكرم اخفها لانه يبقى دهرا مديدا والزرع أكثرها مؤنة لاحتياجه الى الكراب والقاء البذر والحصاد والدياس ونحو ذلك في كل سنة والرطاب بينهما أي بين الاخف والاكثر لانه لا يحتاج الى البذر كل عام ولا تذرية فيها وتدوم اعواما كدوام الكرم قال في البناية وهذا الذي قاله الشراح باعتبار ديارهم وأما في بلاد مصر ففي كل سنة يزرعونها حموى وهذا بيان للخراج الموظف لان الخراج على نوعين خراج مقاسمة ان كان الواجب بعض الخارج كالخمس ونحوه وخراج وظيفة ان كان الواجب شيئا في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لو موظفا وان كان خراج مقاسمة يتكرر لتعلقه بالخارج حقيقة كالعشر ولا يزاد على النصف في خراج المقاسمة تنوير وشرحه وينبغي ان لا ينقص عن الخمس ضعف ما يؤخذ من المسلمين شرنبلالية وحنيف بضم الحاء المهملة وفتح النون وحذيفة بضم الحاء المهملة وفتح الذال المعجمة (قوله صلح للزرع) بان يبلغه الماء تنوير وفيه نظر اذ لا يلزم من بلوغ الماء صلاحية الزراعة لان عدم الصلاحية قد يكون بغلبة الماء كما سيذكره الشارح (قوله مما يزرع في تلك الارض) وهو الصحيح شرنبلالية عن الكافي ومقابله ما في الدر رحيث خيره في الصاع بين البر والشعير وذكر في النهر ما نصه وافاد اطلاقه أنه يؤخذ من كل مزروع فيه لا بقيد كونه من حنطة هو الصحيح انتهى فتحصل أن في المسئلة ثلاثة أقوال (قوله ودرهم) من أجود النقود زيلعي وفي الجوهرة معناه أن يكون الدرهم من وزن سبعة وهو أن يكون وزنه أربعة عشر قيراطا شرنبلالية وفيه تأمل حموى لان الجودة ترجع للوصف واعتبار الوزن المذكور فيه يرجع للقدر فلا يصح ان يجعل أحدهما بيانا للآخر والحاصل انه يعتبر في الدرهم شيئان ان يكون جيدا وان تكون العشرة منه بزنة سبعة (قوله الرطبة) بالفتح والجمع الرطاب وهي القثاء والخيار والبطيخ والباذنجان وما جرى مجراه والبقول غير الرطاب مثل الكراث شرنبلالية وذكر العيني ان الرطبة البرسيم والقرطم في لغة أهل مصر وفي الغاية الرطبة اسم للقضيب ما دام رطبا انتهى وقوله اسم للقضيب كذا بخطه بالباء والذي في الغاية للاتقاني القضب وفي المصباح القضب وزان فلس الرطبة وهي القصفصة وقال في البارع القضب كل نبات اقتضب فاكل طريا شيخنا (قوله المتصل) قيد به لانها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزروعة فلا شئ فيها وكذا لو غرس اشجارا غير مثمرة بحر (قوله عشرة دراهم) هكذا وظفه عمر وما لم يوظف فيه كالزعفران والبستان وهو كل أرض لها حائط محيطة وفيها نخيل

حفرها الاعاجم كنهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية وهذا اذا كان المحيي مسلما واما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كان في حيز أرض العشر (والبصرة عشرية) عند أبي يوسف وهو الاستحسان (وخراج جريب صلح للزرع مما يزرع في تلك الارض صاع) وان لم يصلح لغلبة الماء او نحوها لا يجب شئ (ودرهم) (وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم) ونعني بالمتصل الذي يتصل بعضه ببعض على وجه تكون الارض مشغولة به

متفرقة وأشجار يوضع عليه بحسب الطاقة ونهايتها أن يبلغ الواجب نصف الخارج ولا يزاد عليه وسكت عن خراج المقاطعة وهو اذا من الامام عليهم باراضيهم ورأى ان يضع عليهم جزءا من الخارج فانه يجوز نهر ومنه يعلم أن خراج المقاسمة هو خراج المقاطعة (قوله والجريب ستون ذراعا) قال في الكافي هذا باعتبار عادتهم وليس بتقدير لازم فيعتبر في كل بلد متعارف أهله انتهى وهذا يقتضي أن يعتبر في مصر الفدان فانهم لا يعرفون غيره لكن ما في الكافي مردود والمعول عليه ماذكرنا من التقدير بحر عن الفتح وقيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون منا حموي عن البناية (قوله يزيد على ذراع العامة) بقبضة والقبضة أربعة اصابع بحر عن المغرب (قوله وهي سبع قبضات) الضمير راجع لذراع كسرى والفدان سبعة عشر ألفا وسبعمائة وثمانية وسبعون وثلث ذراع شيخنا (قوله وان لم تطق الخ) معنى عدم الاطاقة أن الخارج منها لا يبلغ ضعف الخراج الموظف فينقص منه الى نصف الخارج بحر عن الخلاصة وفي الهداية في بلادنا يعني فرغانة وظفوا الخراج من الدراهم في الاراضي كلها قال في البحر وكذا في غالب أراضي مصر بخلاف أراضي الصعيد فان غالب خراجها قمح اقال في النهر وهذا غفلة عما نقله عن الفتح من أن المأخوذ من أراضي مصر اجرة لا خراج وأقول ليس هذا غفلة عما ذكر بل معنى قوله فان غالب خراجها قمح أي ما يؤخذ منها على صورة الخراج وان كان في نفس الامر ليس خراجا بل أجرة بالقرينة على هذا التأويل ما قدمه أو يقال هذا بالنظر لما كان يؤخذ منها قديما زمان وجود المالكين للاراضي حموي بقي أن يقال ظاهر تعليق جواز النقصان بعدم الاطاقة يفهم أنه لا يجوز معها الا أنه في الدراية قال دل قولهم لعمر لو زدنا الطاقت على ان النقصان عند قلة الريع يجوز بالاجماع لانه لما جاز النقصان عند قيام الطاقة فعند عدم الطاقة بالاولى انتهى ولو قيل بوجوبه عند عدم الاطاقة وبجوازه عند الاطاقة لكان حسنا وعليه يحمل ما في الدراية نهر وأقول كيف يحمل عليه ما في الدراية وقد صرح بالجواز فيهما الا أن يقال الجواز لا ينافي الوجوب حموي وهذا على تسليم ماذكره في الدراية من الاولوية بناء على ما ادعاه من جواز التنقيص عند الطاقة ولهذا تعقبه الحموي بان هذا الجواز لا يستفاد من الحديث حتى يترتب عليه الاولوية بل التنقيص عند عدم الطاقة جائز من غير أولوية اه (قوله وأما اذا أراد الامام توظيف الخراج الخ) ومنه تعلم الخلل في كلام القراحصاري لان ظاهره يفيد ثبوت خلاف محمد حتى في الارض التي صدر فيها التوظيف عن عمر وليس كذلك (قوله أو زاد على وظيفة عمر) صوابه وزاد حموي (قوله وهو الصحيح) ظاهر ما نقله السيد الحموي عن القراحصاري يفيد ترجيح مذهب محمد (قوله ولا خراج ان غلب على أرضه الماء) او انقطع كذا حكم الاجرة في الارض المستأجرة شرنبلالية لانتفاء النماء التقديري المعتبر في الخراج وهو التمكن من الزراعة درر (قوله أو اصاب الزرع آفة) لان لاصل اذا هلك بطل ما تعلق به درر وفيه اشارة الى أن المراد ذهاب كل الخارج وأما اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله بان بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقي أقل من ذلك يجب نصفه لان التنصيف عين الانصاف زيلعي قال في البحر والصواب أن ينظر الى مقدار ما انفق ثم ينظر الى الخارج فيحسب ما انفق من الخارج فان فضل منه شيء أخذ منه مقدار ما بينا وماذكر في الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان تزرع الارض اما اذا بقي ذلك لا يسقط واطلق الآفة وهو مقيد بالآفة السماوية التي لا يمكن الاحتراز عنها كالغرق والاحتراق وشدة البرد بخلاف ما يمكن الاحتراز عنه كاكل القردة والسباع والانعام حيث لا يسقط الخراج وهو الاصح وجعل في البحر من هذا القبيل ما لو اكل الزرع الدودة أو الفأرة وخالفه في النهر في الدودة معللا بانه لا يمكن الاحتراز عنها وقيد بالزرع لانه لو هلك بعد الحصاد لا يسقط وقيد بالخراج لان الاجرة تسقط بالاولين وأما بالثالث فذكر الولوالجي اذا استأجر أرضا للزراعة سنة فاصطلم الزرع آفة قبل مضي السنة فما وجب من الاجر قبل الاصطلام لا يسقط وما وجب

والجريب ستون ذراعا في ستين بذراع
كسرى فانه يزيد على ذراع العامة
بقبضة وهو سبع قبضات (وان لم
تطق ما وظف نقص) الوظيفة الى
ما تطيق (بخلاف الزيادة) أي وان
كانت تطيق الارض الزيادة على الوظيفة
التي صدرت عن عمر رضي الله عنه بأن
كان يزرعها فانه لا يجوز اجماعا واما اذا
أراد الامام توظيف الخراج على أرض
تطيق الزيادة ابتداء وزاد على وظيفة
عمر رضي الله عنه فانه لا يجوز عند
أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف
وهو الاصح وعند محمد يجوز (ولا خراج
ان غلب على أرضه) أي أرض الخراج
(الماء) حتى مضى وقت الزراعة
(او انقطع) الماء عنها (أو أصاب
الزرع آفة) لا يمكن دفعها كالجراد
والبرد ونحوهما وانما قيدنا به لان في
آفة يمكن دفعها كأكل الدواب ونحوه
لا يسقط الخراج

بعد الاصطلام يسقط وعلى هذا الاعتماد خلافا لما في بعض الروايات من عدم السقوط بحر (قوله وان عطلها الخ) لان التمكن كان ثابتا وهو الذى قوته ولو انتقل الى أحسن الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه الذى ضيع الزيادة وهذا يعلم ولا يفتى به كيلا تتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس ظلما قيد بكون المعطل هو لانه لو منعه انسان من الزراعة لا يجب عليه الخراج لعدم التمكن وقيد بالخراج الموظف لان كلامه فيه لانه لو كان خراج مقاسمة فلاشئ عليه بالتعطيل وأشار بنسبة التعطيل اليه الى انه كان متمكنا من زراعتها ولم يزرع فلو عجز المالك عن الزراعة فللامام أن يدفعها الى غيره مزارعة و يأخذ الخراج من نصيب المالك وقد قدمنا ان مصر الآن ليست خراجية انما هي بالاجرة فلاشئ على الفلاح لو عطلها ولم يكن مستأجرا ولا جبر عليه اذا سيما وبه علم أن بعض الزارعين اذا ترك الزراعة وسكن مصر فلاشئ عليه فما تفعله الظلمة من الاضرار به فحرام خصوصا اذا أراد الاشتغال بالعلم أو القرآن بحر (قوله أو اسلم صاحبها) فانه يؤخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فامكن ابقاؤه على المسلم بحر واذا توالى على المسلم خراج الارض ومضى عليه سنون لا يؤخذ لما مضى عند أبي حنيفة كالجزية في حق الذمى حموى عن الولوالجى وهذا هو ارابع درمن مسائل منثورة قبيل كتاب الفرائض (قوله أو اشترى مسلم أرض خراج) لما ذكرنا وقد صح ان الصحابة اشتروا أراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها در ثم ان بقى من السنة مقدار ما يتمكن المشترى من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع عينى (قوله ولا عشر فى خارج أرض الخراج) نحو أن يشترى المسلم أرض الخراج من الذمى أو يشترى الذمى أرض العشر من المسلم فلا يجب العشر والخراج على المسلم فى الاولى وعلى الذمى فى الثانية حموى عن البناية وانما لا يجب العشر فى خارج أرض الخراج لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج فى أرض المسلم ولان احدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ويجب العشر فى الاراضى الموقوفة ان كان قد اشتراها من مالكها وان كان قد اشتراها من بيت المال بضعف قيمتها أو بقيمتها وكان بالمسلمين حاجة ووقفها فلا عشر ولا خراج لانها انتقلت اليه خالية عن المؤن كما ذكره صاحب البحر وأفرده برسالة ويجب فى أرض الصبيان والمجانين لو عشرية والخراج لو خراجية درر والحاصل أن الواقف لاراضى بيت المال لا يخلو اما ان يكون ملكها بالشراء من بيت المال ولو كان هو السلطان على الوجه الذى ذكرناه أولا بان وصلت اليه بالشراء من المالك الذى من عليه الامام بها أو من وارثه باقطاع السلطان فان كان الاول صح وقفه ووجب اتباع شرطه وسقط الخراج وان كان الثانى صح وقفه أيضا لكن لا يسقط الخراج ولا يجب مراعاة شرطه فيجوز لكل من له حق فى بيت المال ان يتناول وان لم يباشر الوظيفة وهذا محصل ما به يزول الاشتباه فى كلامهم واعلم ان نظير العشر مع الخراج الزكاة مع العشر أو الخراج بان اشترى أرضا عشرية أو خراجية بنية التجارة لم يكن عليه زكاة التجارة وعن محمد عليه الزكاة مع أحدهما حموى عن البناية وكذا الحد مع العقر والجلد مع النفى أو مع الرجم وزكاة التجارة مع صدقة الفطر والقطع مع الضمان والتيمم مع الوضوء والحبل مع الحيض أو النفاس بحر لكن يستثنى من عدم الجمع بين الوضوء والتيمم ما اذا توضأ بنبيذ تمر (تكميل) ترك السلطان أو نائبه الخراج لرب الارض أو وهبه له جاز وحل عند الثانى لو مصرفا والا تصدق به به يفتى وما فى الحاوى من ترجيح حله لغير المصرف خلاف المشهور ولو ترك العشر لا يجوز اجماعا ويخرجه بنفسه للفقراء سراج خلافا لما فى الاشباه تنوير وشرحه

(فصل الجزية) ثبوتها بالكتاب وهو قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والسنة وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية من مجوس هجر وقد طعن بعض الملحدين حيث قالوا كيف يجوز تقرير الكفار ولو جاز لجاز تقريرا الزنى بمال يؤخذ منه والجواب انه بعقد الذمة يسكن مع المسلمين فيرى محاسن الاسلام فيسلم مع أن فيه دفع شره وأجاب فى العناية بان الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر بل هى عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض

او

(وان عطلها صاحبها) بان لم يزرعها (أو أسلم) صاحبها (أو اشترى مسلم أرض خراج يجب) الخراج فى الصور كلها (ولا عشر فى خارج أرض الخراج) وقال الشافعى يجمع بينهما

(فصل الجزية) لو وضعت بتراض وصلح) أى برضا الامام ورضا من وضع عليه فيتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق

اوهي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق انتهى واعلم ان الجزية هي الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول لقوته لوجوبه وان أسلموا بخلاف الجزية أولانه الحقيقة اذهو المتبادر عند الاطلاق ولا يطلق على الجزية الامقيدا وهذا أمارة المجاز وهي لغة الجزاء بنيت على فعلة دالة على الهيئة التي هي الاذلال عند الاعطاء والجمع جزى كفرى سميت بذلك لانها تجزئ عن القتل نهر ولا يخالفه ما في العناية وغيرها كالعيني والبحر من قوله والجمع الجزى كاللحية واللحى لان التنوين والالف واللام يتعاقبان شيخنا واعلم ان الجزية تجب باول الحول على المرجح عندنا وعند الشافعي و بعض مشايخنا بآخره وانما تؤخذ مقسطة على الشهور تخفيفا ويؤيد ما قاله بعض المشايخ اعتبارهم صفة الغنى والفقر في آخر الحول قال المقدسي في رسالة الجوالي و ينبغي أن يجعل اصل الوجوب بابتداء الحول ووجوب الاداء في آخره قال الحموي فعلى هذا يكون الخلاف لفظيا ثم قال والمراد من وجوبها أول العام انها تجب بدخوله وجوبا موسعا كدخول وقت الصلاة فان أدى أول الوقت سقط عنه الواجب وانما قلنا هذا توفيقا بين قولهم تجب باول العام وبين قولهم تقسط على الاشهر (قوله لا يعدل عنها) أي عن الجزية الموضوعة بالتراضي والصلح لانها تتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق عيني ولانه عليه السلام صالح أهل نجران على الفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب والحلة ازار ورداء هو المختار ولا تسمى حلة حتى تكون ثوبين وما في الهداية من أنه عليه السلام صالح بني نجران غير صحيح والصحيح ما ذكره نوح أفندي اهل نجران فان نجران اسم أرض من حي ذي اليمن وكذا قوله على ألف ومائتي حلة غير صحيح والصحيح على الفي حلة (قوله القادر على الكسب) حتى لو لم يعمل مع قدرته وجبت كمن عطل أرض الخراج وفي الينابيع الفقير المعتمل هو الذي يقدر على تحصيل الدراهم والدنانير بأي وجه كان وان لم يحسن حرفة قال في البحر وظاهر المختصر يفيد ان القدرة على العمل في حق الفقير فقط وليس كذلك فلو حذف الفقير لكان أولى ومنعه في النهر بأنه لو اقتصر على قوله وتوضع على المعتمل لما أفاد اشتراط القدرة على العمل في حق الغني فالتحقيق ان القدرة في وسط الحال والغني معلوم من قوله بعد لا تجب على زمن وقالوا لو كان مريضا أكثر السنة أو نصفها لا تجب عليه ولو كان موسرا (قوله وقال الشافعي يوضع على كل حالم دينار) لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي والصحابة متوافرون ولم ينكر عليهم أحد فصار اجماعا وحديث معاذ في مال وقع عليه الصلح بدليل وجوبه على الحالمة ولا جزية عليهن وعدل الشئ بالفتح مثله من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه عيني وبابه ضرب وكان الظاهر ابدال قوله بدليل وجوبه على الحالمة بقوله بدليل ذكر الحالمة (قوله واعلم ان المعتبر في الغني والفقر أكثر السنة) مخالف لما في الفتح حيث قال و يعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة قال في البحر وينبغي اعتبارها في أولها لانه وقت الوجوب وأقول انما اعتبروا وجودها في آخرها لانه وقت وجوب الاداء ومن ثم قالوا لو كان في أكثر السنة غنيا أخذ منه جزية الاغنياء أو فقيرا أخذ منه جزية الفقراء ولو اعتبر الاول لوجب اذا كان غنيا في أولها فقيرا في أكثرها جزية الاغنياء وليس كذلك واعلم ان ما أورده في النهر على اعتبار الاول مشترك الالزام اذ هو وارد أيضا على اعتبار الآخر لاقتضائه وجوب جزية الاغنياء اذا كان غنيا في آخرها فقيرا في أكثرها فكان ما ذكره الشارح من اعتبار أكثر السنة بقطع النظر عن الاول والآخر أحسن (قوله والغني من يملك عشرة آلاف الخ) قاله الكرخي وهو أحسن الاقوال وعليه الاعتماد بحر واعتبر ابو جعفر العرف در عن التتارخانية وفي الشرنبلالية عن الاختيار هو المختار ونقل الشلبي عن المحيط انه الاصح (قوله ومجوسي) ولو عربيا درلما في البخاري لم يأخذ عمر من المجوسي الجزية حتى شهد عبد الرحمن بن عوف انه عليه الصلاة والسلام أخذها من مجوس هجر نهر وهجر بفتحتين حموي عن النهاية وذكر في النهر ان اخذ الجزية من الزنادقة يبتني على قبول توبتهم وقالوا ان جاء الزنديق قبل ان يؤخذ فاقر انه زنديق فتاب تقبل توبته وان بعد

(لا يعدل عنها والا) أي وان لم توضع بالتراضي فانه (يوضع على الفقير المعتمل) وهو الصحيح القادر على الكسب (في كل سنة اثنا عشر درهما) يؤخذ منه في كل شهر درهم (و) يوضع (على وسط الحال ضعفه) وهو اربعة وعشرون درهما (وعلى المكثر ضعفه) وهو ثمانية واربعون على كل درهما وقال الشافعي يوضع على كل حالم دينار أو ما يعدل الدينار والفقير والغني في ذلك سواء واعلم ان المعتبر في الغنى والفقر أكثر السنة فلو كان غنيا في نصف الحول وفقيرا في النصف يؤخذ منه جزية الوسط والغني من يملك عشرة آلاف درهم فصاعدا والمتوسط من يملك مائتي درهم الى عشرة آلاف والفقير من لا يملك مائتي درهم وقيل من لا بد له من الكسب لاصلاح معيشته كذا في شرح القدوري (وتوضع) الجزية (على كتابي) يهوديا كان أو نصرانيا من العرب او غيره (و) على (مجوسي)

ما اخذ لا تقبل انتهى ونقل الحموي عن الفتاوى العتابية ان الزنديق الاصلي تؤخذ منه الجزية كما نقله المقدسي في رسالة الجوالي انتهى وافرد المجوسي بالذكر لانه ليس من اهل الكتاب على قول الاكثر فانهم قوم من الوثنية قالوا بأصلين هما النور والظلمة يزعمون ان الخير من فعل النور والشر من فعل الظلمة ولهذا لا تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم وانما تؤخذ الجزية منهم لانهم من العجم لا لانهم من اهل الكتاب حموي عن البرجندي (قوله ووثني عجمي) لجواز استرقاقه فجاز ضرب الجزية عليه در والعجمي خلاف العربي ولو فصيحا والاعجمي من فيه عجمة اى عدم افصاح ولو عربيا كما في المغرب وفي السراج الوثن ما كان منقوشا في حائط والصنم اسم لما كان على صورة الانسان والصليب ما لا نقش فيه ولا صورة بحر (قوله لا وثني عربي) ولا مرتد لتغليظ كفرهما اما مشركو العرب فلانه عليه السلام نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم والمعجزة في حقهم أظهر لانهم كانوا اعرف بمعانيه وبوجوه الفصاحة فغلظ عليهم قال تعالى تقاتلونهم أو يسلمون واما المرتد فلانه كفر بربه بعدما رأى محاسن الاسلام فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف واذا ظهر عليهم فنساؤهم وذراريهم فيء لانه عليه السلام كان يسترق ذراري مشركي العرب وابو بكر استرق نساء بني حنيفة وصبيانهم وكانوا مرتدين ومن لم يسلم من رجالهم من الفريقين قتل ولا يسترق لما ذكرنا وكفر المرتد اغلظ من مشركي العرب ولهذا تجبر نساء المرتدين وذراريهم على الاسلام ولا تجبر نساء عبدة الاوثان وذراريهم زيلعي ولقائل ان يقول هذا منقوض بأهل الكتاب فانه تغلظ كفرهم بمعرفته عليه السلام معرفة تامة وقد قبل منهم الجزية واجيب بأن القياس يقتضي ان لا تقبل منهم الجزية الا أنه ترك بالكتاب وهو قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية حموي وفي العناية وترك القياس في الكتابي العربي بما قدمناه من النص ولولاه لدخل في عموم قوله عليه السلام يوم حنين لو كان يجري على عربي رق لكان اليوم وانما لا الاسلام أو السيف شرنبلالية فتحصل مما ذكرناه ان المراد بالعربي الذي لا يقبل منه الا الاسلام أو السيف هو الرجل البالغ الا ان يكون كتابيا قال الحموي وفي نسبة القبول الى السيف مسامحة (قوله ولا على صبي الخ) ومثله المجنون والمعتوه حموي أى لا توضع على هؤلاء لانها خلف عن النصرة ولا تجب عليهم النصرة بالقتال ولو أدرك الصبي أو أفاق المجنون أو اعتق العبد أو برأ المريض قبل وضع الامام الجزية وضع عليهم وبعد الوضع لا لان المعتبر اهليتهم وقت الوضع بخلاف ما اذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه لانه أهل للجزية وانما سقطت عنه لعجزه وقد زال شيخنا عن الاختيار (قوله وامرأة) يستثنى بنو تغلب فانها تؤخذ من نسائهم كما تؤخذ من رجالهم لان ذلك وجب بالصلح ويتطرق حكم الخنثى المشكل والظاهر وجوبها عليه لانه يعامل بالاضر حموي وأقول يعكر عليه ما سيأتي في باب المرتدين من جعلهم الخنثى كالانثى حتى قالوا لا يقتل لو ارتد نهر (قوله ولا مكاتب) قلت وكذا ابن أم الولد حموي (قوله ولا زمن) الزمانة عدم بعض أعضائه أو تعطيل قواه شرنبلالية عن البحر (قوله غير معتمل) يلحق به المكتسب اذا لم يفضل من كسبه شئ حموي عن المفتاح (قوله وراهب لا يخالط) الراهب عابد النصارى وسمي بالراهب لانه يمتنع عن تناول الاغذية فيهزل ويدق حموي عن البرجندي (قوله توضع عليه اذا كان يقدر) جزم به في الاختيار والجوهرة شرنبلالية وفي البرجندي عن قاضيخان تؤخذ الجزية من الراهب والقسيس في ظاهر الرواية وعن محمد لا تؤخذ انتهى فعلى هذا ما ذكره المصنف خلاف ظاهر الرواية حموي (قوله وتسقط بالاسلام) بأن أسلم بعدما تمت السنة لقوله عليه السلام من أسلم فلا جزية عليه وانما لم يسقط الرق به لانه تعلق به حق معين فلا يبطل به وفي الخانية ولو عمي أو صار مقعدا أو زمنا أو شيخا لا يقدر على العمل أو فقيرا لا يقدر على شئ أو اسلم وقد بقي عليه شئ منها يسقط ذلك الباقي وفي الخلاصة لو عجل الجزية لسنتين ثم أسلم ترد عليه جزية سنة واحدة ولو أدى الجزية في أول السنة ثم أسلم فيها لا يرد عليه شئ منها وهذا قول من يقول بوجوب الجزية أول السنة وهو الصحيح نهر وقوله بأن أسلم بعدما تمت السنة لا للاحتراز عما لو أسلم قبل تمامها بل ليتصور سقوطها اذ هي

ووثني عجمي لا) وثني (عربي ولا) على
مرتد ولا) على (صبي ولا) على (امرأة)
مطلقا سواء كانت حرة أو أمة
أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة
(ولا) على (عبد ومكاتب و) لا (زمن
و) لا (أعمى و) لا (فقير غير معتمل و) لا
(راهب لا يخالط) وكذا العلوج والشيخ
الكبير وقال الشافعي لا توضع على
فقير غير معتمل وتوضع على غير الصبي
وفي عجمي وعن أبي يوسف انها تجب على المرأة والزمن
اذا كان ذا مال وهو والمرأة كذا والشيخ الكبير
والأعمى والمفلوج وراهب أي
في شرح القدوري قوله لا يخالط الناس
لا توضع على راهب عن أبي حنيفة انه
مطلقا وذكر محمد اذا كان يقدر على العمل
توضع عليه وانما قيد بقوله
وهو قول أبي يوسف لانه لو خالطهم فهو
لا يخالط الناس (وتسقط بالاسلام) أي لو
وغيره سواء الجزية قبل أن تؤخذ منه
أسلم من عليه مطلقا وقال الشافعي ان
سقط عنه السنة لم تسقط وان أسلم
أسلم بعد كمال السنة فله فيه وجهان
قبل كمال السنة أي وتسقط الجزية بتكرر
(والتكرر)
السنة

قبل التمام لم تجب قيد بالجزية لان الديون والخراج والاجرة لا تسقط بالاسلام والموت اتفاقا واختلف في سقوط الخراج بالتداخل فعند الامام يسقط وعندهما لا وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق كالعشر حموي عن البحر وينبغي ترجيح الاول لانه عقوبة بخلاف العشر نهر عن البحر (قوله بأن مرت عليه سنون ولم يؤدها) خلاف الاصح في المراد من التكرار قال في النهر وهو بدخول السنة الثانية على الاصح لان العقوبات اذا اجتمعت تداخلت ويدلك على انها عقوبة انها تؤخذ منه على وجه الاذلال ولهذا لو بعث بها على يد وكيله لا يمكن من ذلك على الاصح بل يكلف ان يأتي بها بنفسه فيعطي واقفا والقابض قاعد ويقول له اعط الجزية يا ذمي أو يا نصراني يا يهودي يا عدو الله وفي شرح الطحاوي يصفعه ولا يقول يا كافر ويأثم به ان آذاه در وغيره وأقول اذا كان الاثم معللا بالايذاء في قوله يا كافر ففي صفعه بالاولى وهذا وان صرح به في البحر بنص وفي بعض الكتب انه يصفع في عنقه لكن ذكر في الكلام على قول المصنف ويميز الذمي الخ ما نصه واذا وجب التمييز وجب ما فيه صغار لا اعزاز لان اذلالهم لازم بغير اذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه الخ (قوله وهي معبد النصارى) في البحر عن البناية يقال كنيسة اليهود والنصارى لمعبدهم وكذا البيعة في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وفي الفتح وفي ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة والبيعة بكسر الباء والصومعة كالكنيسة لانها تبنى للتخلي للعبادة بخلاف موضع الصلاة في البيت لانه تبع للسكنى والصومعة تبنى برأس طويل ليتعبد فيها بالانقطاع عن الناس ويمنعون من احداث بيت النار انتهى ومن الاحداث نقلها من مكان الى آخر نهر لانه احداث في ذلك الموضع ويمنعون من بيع الخمر والخنزير وضرب الناقوس خارج الكنيسة زيلعي وما في النهر من انهم يمنعون من الفواحش التي يجوز ونها في دينهم قال شيخنا لعله لا يجوز ونها ثم رأيت بخط الحموي ويمنعون من الفواحش التي يحرمونها وهو مؤيد لما ذكره شيخنا واعلم ان ما سبق عن الزيلعي من تقييد المنع عن ضرب الناقوس بكونه خارج الكنيسة يفيد انهم لا يمنعون منه داخلها واطلاق المنع خارجها شامل لما لو كان في البيت وبه صرح في الخانية ويمنعون من اخراج الصليب ولو في يوم العيد خلافا لابي يوسف في يوم العيد ويمنعون من رفع اصواتهم بقراءة الزبور ان كان فيه اظهار الشرك والا فلا وحاصل ما نقله السيد الحموي عن قاضيخان انهم يمنعون من هذه الاشياء في المصر وفنائها قال والناقوس لهم كالاذان لنا فيقع به اظهار الشرك (قوله وهي معبد اليهود) اى في الاستعمال والا فهي في الاصل تطلق على معبد كل منهما كالبيعة كما سبق عن البناية ثم ظهر ان ما ذكره في البناية قول بل حكاه البرجندي بقيل بعد ان صدر بما مقتضاه ان تكون تسمية معبد النصارى بالبيعة كمعبد اليهود بالكنيسة تسمية حقيقية وحينئذ فيبقى كلام الشارح على ظاهره المتبادر ونصه على ما نقله الحموي البيعة في الاصل فعلة من البيع سمي بها معبد النصارى اذ فيها تقع العبادة التي هي بيع الدنيا بالآخرة والكنيسة فعيلة من الكنس بمعنى الستر سمي بها معبد اليهود لانهم يستترون فيها من الناس ولا يخالطونهم وقيل يستعمل كل منهما في الآخر وقيل البيعة مطلق المعبد وكذلك الكنيسة لكن كثر استعمال الاولى في معبد النصارى والثانية في معبد اليهود اهـ (قوله ولا في القرى) وهو المختار بحر عن الفتح والخلاف في غير جزيرة العرب اما هي فيمنعون من قراها أيضا الخبر لا يجتمع دينان في جزيرة العرب نهر قيل انما سميت أرض العرب بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد احاطت بها عناية وبحر فارس بقرب البصرة (قوله ويعاد المنهدم) لان الامام لما أقرهم وقد علم ان الابنية لا تبقى فقد عهد اليهم بالاعادة وفيه ايماء الى ان الزيادة عليه لا تجوز وبه صرح في الخانية وغيرها قال في عقد الفرائد يؤخذ من هذا انهم لا يبنون ما كان باللبن بالآجر ولا ما كان بالآجر بالحجر ولا ما كان بالجريد وخشب النخل بالنقي والساج ولا بياضا لم يكن ولم أجد في شيء من الكتب ان لا تعاد الا بالنقض الاول وكون ذلك مفهوم الاعادة شرعا أو لغة غير ظاهر عندي قال في النهر ومقتضى

اى بان مرت عليه ستون ولم يؤدها وقالا تؤخذ لكل سنة اى تداخلت (والموت) وبه أخذ الشافعي تسقط الجزية بالموت مطلقا سواء كان بعد مضي السنة أو النصف وعند الشافعي لا تسقط (ولا تحدث بيعة) وهي معبد النصارى (وكنيسة) وهي معبد اليهود (في دارنا) مطلقا أي لا في الامصار ولا في القرى وروى عن أبي حنيفة انهم لا يمنعون عن احداثهما في القرى (و) لكن (يعاد البيعة (المنهدم) والكنيسة المنهدم أيضا وانما ذكر الصفة لان التانيث في البيعة للنقل لا للتانيث

النظر ان النقض الاول حيث وجد كافيا للبناء الاول لا يعدل عنه الى آلة جديدة اذ لا شك فى زيادة الثانى على الاول حينئذ و بقى ما لو هدمت بغير وجه شرعى فنقل السبكى الاجماع على انها لا تعاد قال فى الاشباه و يستنبط منه انها اذا قفلت ولو بغير وجه شرعى لا تفتح انتهى وفيه نظر لا يخفى ولم يبين وجه النظر والفرق بين اعادة المنهدم وعدم اعادة المهدوم هو ان فى هدم القديم ابتداء اختلاف الرواية فاذا وقع فقد صادف الجواز على رواية فيتفرع عليه عدم اعادتها لما فيه من بقاء فولية أهل الاسلام واما اعادة ما انهدم فمفرعة على عامة الروايات من عدم التعرض لها اذا كانت موجودة قبل الفتح كذا ذكره شيخنا واعلم ان ماسبق عن النهر من لزوم الزيادة على الاول اذا عدلوا عن النقض الاول فيه نظر (قوله و يميز الذمى الخ) واختلف فى سكناهم بيننا فى المصر والمعتمد الجواز فى محلة خاصة كذا فى الاشباه وأقره مصنف التنوير وغيره لكن رده شيخ الاسلام جوازاده وذكر ان المراد بالمنع ان يكون لهم فى المصر محلة خاصة يسكنونها ولهم فيها منعة كمنعة المسلمين فاما سكناهم بينهم وهم مقهورون فلا منع در وحموى على الاشباه مع انه هنا نقل ما ذكره فى الاشباه وأقره تبعا لشيخه الشيخ حسن واعلم انه يشترط لجواز سكناهم بين المسلمين عدم تقليل الجماعة تنوير فان لزم ذلك أمروا بالاعتزال عنهم والسكنى بناحية ليس فيها مسلمون انتهى وذكر قبله انه اذا اشترى دارا يجبر على بيعها من المسلم قال فى الدر وقيل لا يجبر الا اذا كثروا (تتمة) فى جواز تسميهم باسماء المسلمين كابى بكر ونحوه تفصيل ذكره ابن القيم رحمه الله تعالى فقسم يختص بالمسلمين وقسم يختص بالكفار وقسم مشترك فالاول كمحمد وأحمد وابى بكر وعمر وعثمان وعلى وطلحة والزبير فهذا النوع لا يمكنون من التسمى به والثانى كجرجس وبطرس ويوحنا ونحوها فلا يمنعون منه ولا يجوز للمسلمين التسمى بذلك لما فيه من المشابهة والنوع الثالث كيحيى وعيسى وايوب وداود وسليمان وزيد وعمرو وعبدالله وعطية وسلام ونحوها فهذا لا يمنع منه أهل الذمة ولا المسلمون فان قيل فكيف تمنعونهم من التسمى باسماء المسلمين وتمكنونهم من التسمية باسماء الانبياء كيحيى وعيسى وداود وسليمان وابراهيم ويوسف ويعقوب قلت لان هذه الاسماء كثر اشتراكها بين الكفار والمسلمين بخلاف اسماء الصحابة واسم نبينا عليه الصلاة والسلام فانها مختصة فلا يمكن أهل الذمة من التسمية بها انتهى (قوله فى الزى) فى المصباح الزى بالكسر الهيئة وقال النووى فى شرح مسلم بفتح الزاى وكسرها وتشديد الياء و يجب ان تميز نساؤهم عن نسائنا فى الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامة كيلا يقف عليها سائل فيدعو لهم بالمغفرة لان فيه اهانة المسلم فى نفس الامر حيث يدعو الى عدو الله بل مجرد وقوف المسلم على باب أهل الكفر ذل واهانة فضلا عن الدعاء لهم قلت و يستفاد منه قبح ما يفعله سؤال زماننا من الوقوف بين ايديهم بغاية الذلة يدعون لهم و يستعطون منهم بل قد وقع فى زماننا ممن ينسب للعلم والفضل مدحهم بالقصائد حموى (قوله فلا يلبس رداء) وكذا يمنع من القعود حال قيام المسلم ولو قام له المسلم تعظيما له أو لغناه كره وان اطمعه فى الاسلام فلا بأس به وجزم الطرطوسى بانه ان قام تعظيما لذاته وما هو عليه كفر ولا شك فى منع استكتابهم وادخالهم فى المباشرة التى يكونون بها معظمين عند المسلمين نهر لان ما ل الكتابة قبول قولهم وفيه تشترط العدالة ودليله نحو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا الكافرين أولياء من دون المؤمنين وقوله تعالى ومن يتولهم منكم فانه منهم وقد افرد هذه المسألة بعض ائمتنا برسالة برهن فيها على حرمة استكتابهم من الكتاب والسنة (قوله ولا قلنسوة) فيمنعون من لبس العلانس الصغار وانما تكون طويلة من كرباس مصبوغة بالسواد مضربة مبطنة واذا لبس قميصا كان ذيله قصيرا وجيبه على صدره نهر عن التتارخانية وفى التنوير وشرحه و يمنع من لبس العمامة ولو زرقاء أو صفراء على الصواب الخ ويجب تمييزهم بالنعال فيلبسون المكاعب الخشنة الفاسدة اللون بحر (قوله ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم الخ) قلت الحال الآن على خلاف ما ذكر خصوصا فى مصر فيلبسون الثياب الفاخرة النفيسة التى لا يلبسها أجل علماء المسلمين

(ويميز الذمى عنا فى الزى) أى اللباس فلا يلبس رداء ودرعا ولا قلنسوة مثل قلنسوتنا ولا خفافا مثل خفافنا ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد

ولا

ولا يميزون في الحمامات عن المسلمين بشيء من العلامات ويتعاطون المناصب الجليلة كصرافة الديوان
وضبط أموال الد... لديوانية حتى انه يحصل منهم للفلاحين غاية الاذلال والاهانة حموي وفي البحر
واختار في فتح القدير بحثا أنه اذا استعلى على المسلمين حل للامام قتله (قوله ويميز في المركب)
اختار المتأخرون انهم لا يركبون أصلا الا اذا خرجوا الى قرية أو نحوها أو كان مريضا وحاصله
الا لضرورة فيركب ثم ينزل في مجامع المسلمين اذا مر بهم كذا في الفتح وفي المجمع وهو الاصح واستثنى
في الذخيرة من منع الخيل ما لو دعت الحاجة الى ذلك بان استعان بهم الامام في المحاربة والذب عن المسلمين
لكنه يركب في هذه الحالة باكاف لا بسرج كما قال بعضهم نهر (قوله فيركب حمارا أو بغلا) فيه
نظر اذ لا يصح تفريعه على الاستثناء اللهم الا ان يقال الاستثناء منقطع بمعنى لكن الاستدراكية
حموي وأقول عدم صحة التفريع يبتنى على ما فهمه من ان الاستثناء من منع ركوب الخيل وليس
كذلك فيجعل الاستثناء من المنع من الركوب مطلقا واعلم ان لفظة اللهم يستعمل عقبها الا اذا كان
المستثنى عزيزا نادرا ايذانا بانه بلغ في الندرة حد الشذوذ عناية (قوله الكستيج) بضم الكاف
وسكون السين المهملة وكسر التاء المثناة شيخنا عن الوافي (قوله وهو خيط غليظ الخ) نقل الحموي
عن البرجندي عن الفتاوى المنصورية ما يقتضي ان الكستيج ما يكون علامة على الكفر مطلقا
لا خصوص ما ذكره الشارح ونصه المختار في كستيجات النصارى قلنسوة سوداء مضربة من لبد او زنار
من صوف (قوله وهو فارسي معرب) يعني الكستيج ولو ذكر هذا قبل قوله دون الزنار لكان أولى
(قوله كالاكف) بضمتين مثل حمار وحمر كذا في المصباح وفي المفتاح بفتح الهمزة جمع اكاف وفيه
نظر حموي (قوله ولو قال سروجا أو كالاكاف لكان اصوب) يعني لو قال سروجا كالاكف أو سرجا
كالاكاف لكان أصوب لحصول المناسبة بين المشبه والمشبه به حموي يقال اكاف الحمار ووكافه
والجمع اكف ويقال اكفت الحمار وأوكفته أي شددت عليه الاكاف شيخنا عن المصباح (قوله
ولا ينتقض عهده بالاباء) قيد بالاباء لانه لو امتنع من قبولها انتقض عهده نهر عن الفتح قال خسرو وفيه
اشكال لان معنى الامتناع عن الجزية التصريح بعدم ادائها كان يقول لا اعطي الجزية وهو ... انه
ينافي بقاء الالتزام اللهم الا ان يراد بالامتناع تأخيرها والتعلل في ادائها ولا يخفى بعده انتهى وأقول
انما يكون الامتناع منافيا للالتزام لو لم يجبر على الاداء وهو عليه مجبر وحينئذ لم يؤثر امتناعه في الالتزام
حموي لانها صارت دينا في ذمته فيحبس كسائر الديون ونقل عن الولوالجية من كتاب الزكاة ما نصه
واذا امتنعوا عن اداء الجزية يقاتلون لانهم في الابتداء يقاتلون اذا امتنعوا عن القبول وكذا في الانتهاء
(قوله وقتل مسلم) لان القصاص منه يستوفى وكذا لا ينتقض عهده بافتان مسلم عن دينه أو بقطع
الطريق نهر وانظر ما فائدة بقاء عهده بعد الاقتصاص منه ويمكن ان يقال تظهر فيما اذا عفا ولي
المقتول وفي حق أولاده الصغار حموي قلت وتظهر أيضا فيما تركه من المال حيث لا يكون فيئا (قوله
وسب النبي صلى الله عليه وسلم) لانه كفر من الذمي كما هو ردة من المسلم والكفر المقارن لعقد الذمة لا يمنعه
في الابتداء فاولى ان لا يرفعه في حالة البقاء كذا لا ينتقض عهده بالقول بخلاف امان الحربي فانه ينتقض
بالقول بحر عن المحيط قال في النهر ويشكل عليه ما قدمناه من انه لو امتنع من قبول الجزية نقض عهده
وليس ذلك الا بالقول قال العيني واختياري في السب ان يقتل وتبعه ابن الهمام قلت وبه افتى شيخنا الخير
الرملي ثم رأيت في معروضات المفتي أبي السعود انه ورد أمر سلطاني بالعمل بقول أئمتنا القائلين بقتله
اذا ظهر انه معتاده وبه افتى ويؤيده ان ابن كمال باشا ذكر ان الحق انه يقتل عندنا اذا اعلن بشتمه عليه
الصلاة والسلام ولو امرأة قتلا وروى ان عمر بن عدي لما سمع عصماء بنت مروان تؤذي النبي عليه الصلاة
والسلام قتلها ليلا فمدحه عليه السلام على ذلك الشذر وحموي وفي الذخيرة ان ذكره بسوء يعتقده ويتدين به
بان قال انه ليس برسول أو قتل اليهود بغير حق أو نسبه الى الكذب فعند بعض الائمة لا ينتقض عهده

(و) يميز في (المركب والسرج فلا
يركب خيلا) الا عند احتياجنا الى
الاستعانة في الحرب فيركب حمارا
أو بغلا أو نحوه (ولا يعمل بالسلاح
ويظهر الكستيج) وهو خيط غليظ
بقدر الاصبع يشده
من الصوف فوق ثيابه دون الزنار المتخذ من
الابريسم وهو فارسي معرب (ويركب
سرجا كالاكف) جمع اكاف الحمار
وهو معروف ولو قال سروجا أو
كالاكاف لكان أصوب (ولا ينتقض
عهده بالاباء) أي بالامتناع (عن)
أداء (الجزية والزنى بمسلمة وقتل مسلم
وسب النبي عليه السلام بل) ينتقض
(باللحاق ثمة) وقال الشافعي ينتقض
بسب النبي عليه السلام

اما اذا ذكره بمالا يعتقده ولا يتدين به كما لو نسبه الى الزنى أو طعن فى نسبه ينتقض شيخ شاهين واذا طعن الذمى فى دين الاسلام طعناظاهرا جاز قتله لان العهد معقود معه على ان لا يطعن فاذا طعن فقد نكث العهد وخرج من الذمة حموى (قوله وبالغلبة على موضع للحراب) ولو جعل نفسه طليعة للشركين قتل فتح من نكاح المشرك وقال هنا ان عهده لا ينتقض بدلالته على عورات المسلمين ونحوه فى المحيط والطليعة واحدة الطلائع وهم الذين يبعثون ليطلعوا على اخبار العدو كذا فى المغرب فيحمل الاول على ما اذا بعثوه لذلك والثانى على ما اذا لم يبعثوه نهر (قوله وصار كالمرتد) فى حل قتله ودفع ماله لورثته لانه التحق بالاموات بتباين الدارين والمال الذى لحق به دار الحرب يكون فيئا وليس لورثته ان يأخذوه كالمرتد بخلاف ما اذا رجع الى دار الاسلام بعدما لحق دار الحرب واخذ شيئا من ماله ولحق بدار الحرب حيث يكون لورثته ان يأخذوه لانه حين التحق بدار الحرب ملكوه فالمالك القديم ان يأخذ ماله مجانا أو بعوض على ما يناز يلعى (قوله الا انه لو اسر يسترق) بخلاف المرتد فانه يقتل وهذه المسئلة احدى مسئلتين ذكرهما فى التنوير وشرحه والثانية لا يجبر على قبول الذمة والمرتد يجبر على الاسلام (قوله من تغلبى) بمثناة فمعجمة ولام مكسورة نسبة الى بنى تغلب بن وائل بن ربيعة قوم تنصروا فى الجاهلية وسكنوا بقرب الروم نهر (قوله ضعف زكاتنا) بذلك صالحهم عمر بن الخطاب واشار الى ان المأخوذ منهم وان كان جزية لا يراعى فيه شرائطها من وصف الصغار وتقبل من النائب بل شرائط الزكاة واسبابها لان الصلح وقع كذلك ولهذا أخذ من المرأة لاهليتها لها بخلاف الصبى والمجنون حيث لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم بخلاف اراضيهم واذا كان كذلك فيأخذ الساعى من غنمهم السائمة من كل أربعين شاة شاتين ومن كل مائة وعشرين اربع شياه وعلى هذا فى الابل والبقر نهر ولا شئ فى بقية أموالهم ورقيقهم كما فى الاتقانى يعنى اذا لم يمروا على العاشر اما اذا مر واعلى العاشر فانه يأخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين حموى (قوله وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم) لانه جزية فى الحقيقة على ما قال عمر هذه جزية فسموها كيف شئتم ولا جزية على النساء ولنا ان عمر صالحهم على ضعف الزكاة والزكاة تجب على النسوان فكذا ضعفها زيلعى (قوله لانه لا يؤخذ من الصبى والصبية) أى لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم بخلاف أراضيهم نهر لان الزكاة لا تجب فكذا المضاعفة بخلاف المرأة فانها أهل للوجوب درر وكذا لا يؤخذ من فقرائهم حموى عن الاختيار ومثل الصبى والصبية المجنون والمعتوه (قوله أى اذا اعتق القرشى عبدا كافرا) يؤخذ منه الجزية والخراج وقوله عليه السلام مولى القوم منهم انما يعمل به فى حق الصدقة فيجعل مولى الهاشمى كالهاشمى فى هذا الحكم لان الحرمات تثبت بالشبهات درر فان قلت لو كانت الحرمات تثبت بالشبهات لحرمت الصدقة على مولى الغنى قلت الغنى أهل للصدقة فى الجملة بدليل انه لو كان عاملا عليها اعطى كفايته منها بخلاف الهاشمى نهر (قوله خلافا لزفر) لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم ولنا انه لو الحق بالمولى هنا كان تخفيفا اذ التضعيف اخف لانه ليس فيه وصف الصغار والمولى لا يلحق بالاصل فى التخفيف وورد الحديث على خلاف القياس فى حرمة الصدقة فلا يلحق به ما ليس بمعناه عينى الا ترى ان الجزية توضع على مولى المسلم اذا كان كافرا ولو لحق فيه لما وضع عليه زيلعى أى لو لحق فى التخفيف (قوله وهدية أهل الحرب) وانما يقبلها اذا وقع عندهم ان قتالنا للدين لا للدنيا درر عن الجوهرة وهذا احدا قوال حكاها فى النهر اعلم ان بيوت مال المسلمين أربعة لكل خزانة ومصرف الاول ما ذكره المصنف ومن جملة هذا النوع ما يأخذه العاشر من أهل الحرب وأهل الذمة اذا مر واعليه ومال أهل نجران وما صولح عليه أهل الحرب على ترك القتال قبل نزول العسكر ساحتهم كل ذلك يصرف الى مصالح المسلمين الثانى الزكاة والعشر ومصرفهما من يجوز صرف الزكاة اليه الثالث خمس المعادن والغنائم والركاز ومصرفه ما ذكر فى قوله تعالى فان لله خمسه الآية والرابع اللقطات والتركات التى لا وارث لها ودية مقتول لا ولى له وقوله فى النهر ومنه تركة أهل الذمة

(وبالغلبة على موضع المحراب وصار) بعدهما (كالمرتد) (الا انه لو اسر يسترق) بخلاف المرتد (ويؤخذ من) أموال تغلبي وتغلبية بالعين ضعف زكاتنا) (وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم) أيضا وهو قول الشافعي وانما قيد بالبالغ لانه لا يؤخذ من الصبي والصبية (ومولى القرشي) أي اذا اعتق القرشي عبدا كافرا يؤخذ منه ولا يعتبر حاله بحال مولاه فكذا معتق التغلبي يؤخذ منه الجزية اذا كان كافرا ولا يضاعف عليه خلافا لزفر ولما بين على من وجب هذا اراد ان يبين المصارف فقال (والخراج والجزية ومال التغلبي وهدية أهل الحرب) الى الامام (وما اخذنا منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا

كما فى الظهيرية محمول على ما اذا لم يكن لها وارث حموى ومصرفه اللقيط الفقير والفقراء الذين لا اولياء لهم يعطون منه نفقتهم وأدويتهم وكفنهم وعقل جناياتهم وعلى الامام ان يجعل لكل نوع من هذه الانواع بيتا يخصه و يستقرض من بعضها لبعض عند الحاجة اليه ثم برده اذا حصل الا ان يكون ما صرف من الصدقات أو خمس الغنائم على أهل الخراج وهم فقراء فانه لا يرد شيئا لانهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا فى غيره اذا صرفه الى المستحق زيلعى وغيره وفى البحر ليس للذمى شئ من بيت مال المسلمين الا ان يكاد يهلك فيعطيه قدر ما يسد جوعته انتهى قال فى الشرنبلالية وكذا فى الحاوى القدسى لكن نقل الحموى عن المفتاح معزيا الى شرح القدورى للزاهدى لو انفق الامام على فقير ذمى من بيت المال جاز ولم يقيده بخوف الهلاك واقول يمكن حمل ما فى البحر والحاوى القدسى على الوجوب (قوله كسد الثغور) أى تحصينها بالرجال والعدة والذخيرة حموى (قوله والجسر عام) لانه قد يكون بالخشب وقد يكون بالتراب والقنطرة لا تكون الا بالحجر و بهذا ظهر فساد قول قراحصارى انهما مترادفان والجسر بفتح الجيم وكسرها حموى (قوله وكفاية القضاة) هذا بحسب زمانهم اما كفاية القضاة واعوانهم فى زماننا فاسراف وظلم فليراجع الحاوى القدسى والحاوى للزاهدى ويجب على الناس ان يعطوا كفاية الفقهاء والمحتسبين وكل من يتفرغ للدين لانه انقطع حقهم فى بيت المال فلو اشتغلوا بالكسب لم يتفرغوا للتعليم فيظهر الجهل بين الناس بخلاف امام المسجد والمؤذن كذا بخط الحموى (قوله والعمال) جمع عامل وهو الذى يأخذ الصدقات ويدخل فيه كل من يعمل للمسلمين كالكتاب عند القضاة والرقباء على السواحل وشهود القسمة على ما وجدته بخط الحموى والذى بخط الشيخ شاهين شهود القيمة وذكر ما نصه أى اذا اختلفوا فى القيمة أو شهدوا بالقيمة من غير اختلاف اه (قوله والعلماء) عطف عام على خاص وفى المفتاح عطف العلماء على القضاة لان القاضى ربما لا يكون عالما كقضاة زماننا وقال البرجندى والعلماء هم أصحاب التفسير والفقه والحديث والظاهر أن المراد العلوم الشرعية فيشمل النحو والصرف وغيرهما حموى زاد فى التجنيس والمتعلمين قال فى الفتح و بهذا تدخل طلبة العلم وفى حظر الخانية سئل الرازى عن بيت المال هل للاغنياء فيه نصيب قال لا الا أن يكون عالما أو قاضيا وليس للفقهاء فيه نصيب الا فقيه فرغ نفسه لتعليم الناس الفقه والقرآن قال فى البحر فيحمل ما فى التجنيس على ما اذا فرغ نفسه لذلك بان يصرف غالب أوقاته فى العلم ودخل المفتى وبه صرح فى المحيط وفى مسائل الفتاوى لكل قارئ فى كل سنة مائتا دينار او ألف درهم ان أخذها فى الدنيا والا يأخذها فى الآخرة قلت ينظر ما معنى أخذها فى الآخرة حموى وفى الحاوى المراد بالحافظ فى حديث لحافظ القرآن مائتا دينار هو المفتى اليوم در (قوله وذراريهم) لان نفقة الذرارى على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب بحر (قوله أى ذرارى المقاتلة) مثله فى شرح باكير وقال العينى الظاهر أن ضمير ذراريهم يرجع الى الكل لان التعليل فى المقاتلة موجود فى الكل ونحوه فى شرح القراحصارى واعلم أن صاحب البحر ذكر ان الضمير فى الذرارى يرجع للكل من القضاة والعلماء والمقاتلة لان العلة تشمل الكل كما ذكره مسكين وتبعه فى العز ولمسكين فى الدر وهو سبق قلم ثم ان ظاهر المتون ان الذرارى يعطون بعد موت آبائهم كما يعطون فى حياتهم وتعليل المشايخ يدل على أنه مخصوص بحياة آبائهم ولم أر نقلا صريحا فى الاعطاء بعد موت آبائهم حالة الصغر بحر (قوله كعمارة المساجد) افاد بالتمثيل أنه يصرف أيضا هذا النوع لنحو الكراع والسلاح والعدة للعدو وحفر انهار العامة وبناء المساجد والنفقة عليها ذكره قاضيخان فافاد أن من المصالح بناء المساجد والصرف على اقامة شعائرها من وظائف الامامة والاذان ونحوهما بحر (تنبيه) عمارة الكعبة المشرفة ونفقتها من جملة مصرف البيت الاول من بيوت المال لان مصرفه مصالح المسلمين ومن معظمها عمارة الكعبة المشرفة وفى الظهيرية يجوز صرف الخراج الى نفقة الكعبة انتهى وأقول انما يتم هذا بالنسبة الى الجزية والخراج ان لو أخذا على الوجه الشرعى لان أخذ الجزية والخراج الآن على خلاف ما ورد به الشرع

كسد الثغور) جمع ثغر وهو موضع المخافة من العدو (وبناء القناطر والجسور) والقنطرة ما تبنى على الماء للمرور والجسر عام (وكفاية القضاة والعمال والعلماء والمقاتلة وذراريهم) أى ذرارى المقاتلة وانما قيد بقوله بلاقتال لان المأخوذ منهم بالقتال يخمس ثم يقسم بين الغانمين كما مر واعلم ان الكاف فى سد الثغور اشارة الى انه له مصارف اخر كعمارة المساجد والرباطات ورم ما انشق من الانهار (ومن مات) من أهل العطاء (فى نصف السنة

جوى (قوله حرم عن العطاء) لانه صلة لا يملك قبل القبض كالمرأة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج زيلعي وفي فوائد صاحب المحيط المؤذن والامام اذا كان لهما وقف ولم يستوفيا حتى ماتا فانه يسقط لانه في معنى الصلة وكذلك القاضي وقيل لا يسقط لانه كالاجرة درر وفي الاشباه جزم في البغية مختصر القنية بانه يورث بخلاف رزق القاضي ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها الاصح أنه يجب الرد شرنبلالية أي رد رزق مابقي من السنة فعلى هذا التصحيح ينبغي اذا مات أن يرد مابقي بعينه من الرزق لباقي السنة انتهى والتقييد برد العين يشير الى أنه لو لم يكن باقيا لا يرد مثله واعلم ان الرزق والعطاء متقاربان الا أن الفقهاء فرقوا بينهما فقيل الرزق مايخرج للجندي كل شهر والعطاء مايخرج له في السنة مرة أو مرتين وعن الحلواني العطاء كل سنة أو شهر والرزق يوما بيوم وفي شرح القدوري العطاء ما يصرف للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة حموي عن البرجندي معزيا للمغرب ونقل شيخنا عن القهستاني ان الرزق بالكسر اسم من الرزق بالفتح مما ينتفع به كما في القاموس وقال الراغب الرزق يقال للعطاء الجاري دنيويا أو دينيا وللنصيب ولما يصل الى الجوف ويتغذى به الخ (قوله يستحب صرف ذلك الى ورثته) لانه قد أوفى عناءه فيصرف اليه ليكون أقرب الى الوفاء زيلعي ووقع في بعض النسخ بدل يستحب يجب وهو خلاف الصواب شيخنا (قوله واعلم أن اهل العطاء الخ) ويعطى بقدر الحاجة والفقر والفضل (قوله والمدرس) يعني مدرس المسجد أما مدرس المدرسة والامام والمؤذن اذا ماتوا في اثناء السنة أو عزلوا وقد باشروا مدة فانه لا يحرم حموي عن الطرسوسي والله أعلم

(باب المرتدين)

المرتد لغة الراجع وشرعا الراجع عن دين الاسلام وركنها اجراء كلمة الكفر على اللسان بعد الايمان وهو تصديق محمد عليه الصلاة والسلام في جميع ماجاء به عن الله مما علم مجيئه ضرورة وهل هو فقط أو مع الاقرار قولان واكثر الحنفية على الثاني والمحققون على الاول والاقرار شرط لاجراء الاحكام الدنيوية بعد الاتفاق على أنه يعتقد انه متى طولب به أتى به فان طولب به فلم يقر فهو كفر عناد قال المصنف وفي الفتح من هزل بلفظ كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والكفر لغة الستر وشرعا تكذيبه عليه السلام في شئ مما جاء به من الدين ضرورة والفاظه تعرف في الفتاوى بل افردت بالتأليف مع أنه لا يفتى بالكفر بشئ منها الا فيما اتفق المشايخ عليه قال في البحر وقد الزمت نفسي ان لا افتي بشئ منها در وفي المسايرة ولاعتبار التعظيم المنافي للاستخفاف كفر الحنفية بالفاظ كثيرة وافعال تصدر من المتهتكين لدلالتها على الاستخفاف بالدين كالصلاة بلا وضوء ومنها مافي الظهيرية دفع الى الفقير من المال الحرام شيئا يرجو به الثواب يكفر ولو علم الفقير بذلك فدعا له وامن المعطي كفرا جميعا نهر قال ابن وهبان وينبغي أن يكون كذلك لو امن اجنبي غيرهما والمسئلة مقيدة بقيدين الاول ان تكون حرمة المتصدق به قطعية كما اذا تصدق بعين المكس أما اذا أخذ مائتين من رجل وتصدق بهما بعد خلطهما لا يكفر لانه قبل اداء الضمان وان كان حرام التصرف لكنه ليس بحرام لعينه كذا في البزازية قال الشيخ عبد البر وهذا قول الامام لانه يرى الخلط استهلاكا اقول وعلى قول من لا يرى فينبغي ان لا يكفر لشبهة الخلاف الثاني أن يكون الآخذ عالما بانه حرام قاله الشيخ عبد البر ولم يعزه والظاهر ان اشتراط العلم في المعطي والمؤمن أيضا شيخنا عن اجابة السائل اختصار انفع الوسائل لصاحب النهر (قوله الكفر الاصلي) فيه أن الايمان أصل بحسب الفطرة والكفر عارض وحينئذ فما معنى كون الكفر اصليا حموي اعلم أن صاحب الفتاوى اليتيمة قال سمعت عن بعض الاكابر ان من قال موضع الامر بالشئ أو موضع الاجازة بسم الله مثل أن يقول له احد ادخل أو اقوم أو اصعد أو اتقدم أو اسير وقال المستشار بسم الله يعني به اذنتك فيما استأذنت كفر يعني حيث وضع كلام الله موضع كلامه مهانة توجب اهانة وهذا تصوير مسئلة الاجازة

حرم عن العطاء) وانما وضع المسئلة في آخر السنة لانه لو مات في نصف السنة يستحب صرف ذلك الى ورثته واعلم ان أهل العطاء في زماننا القاضي والمدرس والمفتي

(باب المرتدين) لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي شرع في بيان احكام الكفر العارضي

واما

وأما تصوير مسئلة الامر فهو أن يقول صاحب الطعام لمن حضر بسم الله وهذه المسئلة كثيرة الوقوع وفى تكفيرهم حرج والظاهر من صنيعهم انهم يتأدبون مع المخاطب حيث لا يشافهونه بالامر ويتبركون بهذه الكلمة مع احتمال تعلقه بالفعل المقدر أى كل بسم الله أو ادخل بسم الله على ان متعلق البسملة فى غالب الاحوال يكون محذوفا فلا يقال للمصنف أو القارئ اذا قال بسم الله انه اراد وضع كلام الله موضع كلامه بل يقال تقديره اصنف أو اقرأ او ابتدئ كلامى فلا ينبغى للمفتى ان يعتمد على ظاهر هذا النقل لاسيما وهو مجهول الأصل وليس مسندا الى من يتعين علينا تقليده فيجوز لنا تقييده وأما ما نقله البزازى عن مشايخ خوارزم من أن الكيال او الوزان اذا قال بسم الله و وضعه مكان قوله واحد يكفر ففيه المناقشة المذكورة فانه لا يبعد أن يراد ابتدات العد كما يدل عليه البسملة المتعلقة بابتدئ أو ابتدائى أو ابتدأت فحينئذ يستغنى بهذا القدر عن قوله واحد فتدبر فانه ايجاز فى الكلام وليس على صاحبه شئ من الملام شيخنا عن شرح منلا على قارى على الالفاظ المكفرة للشيخ قاسم بن قطلوبغا قال وفى الشرح المذكور ان المزاح بالقرآن كفر وان وضع القرآن موضع كلام المتكلم كفر (قوله يعرض الاسلام على المرتد) فيه ايماء الى ان اليهودى لو تنصر او تمجس والنصرانى لو تهود او تمجس لا يجبر على العود الى ما كان عليه لان الكفر كله ملة واحدة حموى عن البرجندى اعلم انه يشترط لصحة الردة العقل والصحو والطوع فلا تصح ردة مجنون ومعتوه وموسوس وصبى لا يعقل وسكران ومكره عليها واما البلوغ والذكورة فليسا بشرط بدائع وفى الاشباه لا تصح ردة السكران الا الردة بسب النبى عليه الصلاة والسلام فانه يقتل در وهو محمول على ما اذا سكر من محظور (قوله رجلا أو امرأة) فى تناول اطلاق المصنف للمرأة مع التعبير بالمرتد نظر اللهم الا ان يقال تناوله باعتبار ان كل حكم ورد فى الذكور كان فى الاناث الا ما استثنى حموى (قوله لانه مستحب) على الظاهر من المذهب خلافا لما يظهر من قوله يعرض الاسلام على المرتد فانه ظاهر فى وجوبه نهر عن الفتح (قوله وتكشف شبهته) اذ عساه ان الردة كانت لشبهة اعترته نهر (قوله ويحبس) وجوبا وقيل ندبا در (قوله ثلاثة أيام) يعرض عليه الاسلام فى كل يوم كما فى الخانية وهذا ظاهر فى وجوب الانظار مع ان استحسانه مطلقا انما هو رواية عن الامام وظاهر الرواية انه لا بد من طلبه ذلك نهر فان لم يطلبه لا يستحب ويقتل من ساعته الا اذا كان يرجى اسلامه بحر عن البدائع فان قيل تقدير المدة بثلاثة أيام نصب للحكم بالرأى أجيب بأن هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص فى خيار البيع بثلاثة أيام وروده فيه لان التقدير بثلاثة أيام هناك انما كان للتأمل عناية (قوله فتأويل ما فى المتن انه اذا استمهل للتفكر) فعلى هذا ما فى الجامع الصغير لا يخالف ما ذكره المصنف وفى الزيلعى ما يخالفه حيث قال بعد ان عزا للجامع الصغير انه لم يذكر فيه الامهال ففيه روايتان اهـ (قوله اذا استمهل) وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التأجيل كان على الامام ان يمهله وعن الامام الاستحباب مطلقا بحر (قوله فان أسلم فهو المراد) أطلقه فعم ما لو تكررت منه الردة وكان عليه السلام يقبل ظاهر الاسلام من المنافقين وعن أبى يوسف انه اذا تكرر منه الارتداد يقتل من غير عرض الاسلام عليه لانه مستخف بالدين زيلعى وقوله يقتل من غير عرض الاسلام يحتمل ان يكون المراد يقتل ان لم يسلم ويحتمل ان يكون المراد وان أسلم وكلا الاحتمالين مصرح به اما الاول فقد نقل السيد الحموى عن البناية ان المرتد اذا تاب وعاد الى الاسلام ثم عاد الى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات وفى كل مرة طلب من الامام التأجيل أجله الامام ثلاثة أيام فان عاد الى الكفر رابعا ثم طلب التأجيل فانه لا يؤجله فان أسلم والا قتل انتهى قال ومثله فى مختصر السرخسى واما الثانى ففى الدر عن الخانية ما يفيد قتله بلا توبة انتهى وأيضا بين النقلين فرق من جهة أخرى فما فى البناية ذكر ذلك فيما اذا ارتد رابعا وفى الدرر ذكره فى الثالثة وما فى الزيلعى يمكن تخريجه على كل منهما لانه لم يتعرض لذكر عدد بل اقتصر على ذكر تكرار الردة على ان التكرار يصدق بالمرة الثانية (قوله فهو المراد) أشار به الى ان جزاء الشرط محذوف حموى واعلم ان كل مسلم ارتد فتوبته مقبولة الا من

(يعرض الاسلام على المرتد) مطلقا
سواء كان حرا أو عبدا رجلا أو امرأة
لانه مستحب (ويكشف شبهته) التى
وقعت فى أمر دينه (ويحبس ثلاثة
أيام) أى اذا أبى عن الاسلام بعد
العرض وفى الجامع الصغير المرتد
يعرض عليه الاسلام فان أبى قتل
فتأويل ما فى المتن انه اذا استمهل
للتفكر (فان أسلم) فهو المراد

تكررت منه الردة على مامر أو سب نبيا من الانبياء فانه يقتل حدا ولا تقبل توبته والمراد عدم قبول توبته لعصمة دمه واما اسلامه بتوبته فصحيح من مناهي الشرنبلالي ولو سب الله تعالى قبلت لانه حق الله تعالى والاول حق عبد لا يزول بالتوبة ومن شك في عذابه وكفره كفر درر من فصل الجزية وكذا لو بغضه بالقلب فتح واشباه وفي فتاوى المصنف ويجب الحاق الاستهزاء والاستخفاف به لتعلق حقه وقيل الكافر بسبه عليه السلام يعامل معاملة المرتد كما في الشفاء وغيره كالنتف وهذا صريح في قبول توبته وكذا الكافر بسب الشيخين أو أحدهما لا تقبل توبته وهو المختار للفتوى وجزم به في الاشباه وهذا يقوي القول بعدم قبول توبة من سب الرسول وكذا الكافر بسبب اعتقاده في السحر لا توبة له ولو امرأة في الاصح لسعيها في الارض بالفساد زيلعي ثم قال وكذا الكافر بسبب الزندقة لا توبة له وجعله في الفتح ظاهر الرواية لكن في حظر الخانية الفتوى على انه اذا أخذ الساحر أو الزنديق قبل توبته ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل وان أخذ بعدها قبلت وأفاد في السراج ان الخناق لا توبة له وفي الشمني الكاهن قيل كالساحر وفي الفتح المنافق الذي يبطن الكفر ويظهر الاسلام كالزنديق الذي لا يتدين بدين وفي الفتح يكفر الساحر بتعلمه وفعله اعتقد تحريمه أولا ويقتل انتهى لكن في حظر الخانية لو استعمله للتجربة والامتحان ولا يعتقده لا يكفر واعلم ان الكلام في المسلم اذا تزندق اما الزنديق الاصلي فيترك وشتم الملائكة كالانبياء ومن حوادث الفتوى مالو حكم حنفي بكفره بسب نبي هل للشافعي ان يحكم بقبول توبته استظهر في النهر ان له ذلك لانها حادثة أخرى ولو حكم بالموجب لان مواجبه متعددة وقد قالوا لو حكم شافعي بصحة بيع عقار لا يكون ذلك حكما منه بأنه لا شفعة فيه بالجواز لما قلنا انتهى والكاهن هو الذي له من الجن من يأتيه بالاخبار (تتمة) تحبط الردة ثواب الاعمال وعليه اذا عاد الى الاسلام ان يعيد الحج والنكاح دون الصلوات والزكاة والصيامات الا انه اذا عاد في وقت صلاة صلاها كان عليه أداؤها ثانيا وهل تعود حسناته بعوده الى الاسلام قال أبو علي وأبو هاشم من أصحابنا تعود وقال أبو القاسم لا تعود وفي التتارخانية تكرر ارتداده ومات على الكفر فانه يؤخذ بعقوبة الكفر الاول والثاني وهو قول أبي الليث وقالوا ان وقفه يبطل بالردة ولو روى لغيره حديثا لا يجوز للسامع منه ان يرويه بعد ردته نهر ونقل شيخنا عن معين المفتي لصاحب تنوير الابصار مانصه ما يكون كفرا بالاتفاق يوجب احباط العمل ويلزمه اعادة الحج ان كان قد حج ويكون وطء امرأته زنى والولد المتولد في هذه الحالة ولد زنى وما في التكفير به اختلاف لا يؤمر بتجديد النكاح ولكن يؤمر بالاستغفار والرجوع عن ذلك انتهى واعلم انه يكفر بانكار صحبة الصديق بخلاف غيره وبانكار امامة أبي بكر على الاصح كانكاره خلافة عمر على الاصح بحر وفي البناية تقبل الشهادة على الردة من عدلين باتفاق أكثر أهل العلم وقال ابن المنذر لا أعلم أحدا خالفهم الا الحسن فاشترط أربعة قياسا على الزنى حموي ولعل ثمرة قبول الشهادة على الردة تظهر في تجديد النكاح ونحوه والا فانكار الردة رجوع الى الاسلام ثم رأيت في التنوير وشرحه شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع يعني فيمتنع القتل فقط وتثبت بقية احكام المرتد كحبط عمل وبطلان وقف وبينونة زوجة لو فيما تقبل توبته والا قتل كالردة بسبه عليه السلام الخ أو يحمل ما في البناية على ما اذا شهدوا انه ارتد بسبه عليه الصلاة والسلام وحينئذ تقبل الشهادة حتى في قتله ولا يلتفت لانكاره (قوله والا قتل) لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه درر ولا فرق في قتله بالردة بين الحر والعبد وان كان فيه ابطال حق المولى لاطلاق الدليل نهر واعلم ان كل مسلم ارتد فانه يقتل ان لم يتب لا المرأة والخنثى ومن اسلامه تبعا والصبي اذا أسلم والمكره على الاسلام ومن ثبت اسلامه بشهادة رجلين ثم رجعا زاد في الاشباه ومن ثبت اسلامه بشهادة رجل وامرأتين انتهى ولو شهد نصرانيان انه أسلم وهو ينكر لم تقبل شهادتهما وقيل تقبل ولو على نصرانية قبلت اتفاقا وتمامه في آخر كراهية الدرر ويلحق بالصبي من ولدته المرتدة اذا بلغ مرتدا والسكران اذا أسلم وكذا اللقيط لان اسلامه حكمي

(والا قتل)

لاحقيقي

لاحقيقي وقيد في الخانية وغيرها المكره بالحربي اما الذمي والمستأمن فلا يصح اسلامه انتهى لكن حمله المصنف على جواب القياس وفي الاستحسان يصح وحينئذ فالمستثنى أربعة عشر در (تتمة) مات المرتد أو قتل على ردته لم يدفن في مقابر أهل ملته بل يلقى في حفرة كالكلب والمرتد أقبح كفرا من الاصلي كذا في الاشباه من كتاب السير (قوله واسلامه الخ) قيد باسلام المرتد لان الكفار أصناف خمسة من ينكر الصانع كالدهرية ومن ينكر الوحدانية كالثنوية ومن يقر بهما لكن ينكر بعثة الرسل كالفلاسفة ومن ينكر الكل كالوثنية ومن يقر بالكل لكن ينكر عموم رسالة المصطفى عليه الصلاة والسلام كالعيسوية فيكتفي في الاولين بقول لا اله الا الله وفي الثالث بقول محمد رسول الله وفي الرابع بأحدهما وفي الخامس بهما مع التبري عن كل دين يخالف دين الاسلام در عن البدائع وفيه مخالفة لما في النهر عن البدائع حيث نقل عن البدائع ان الكفار أصناف أربعة فليرا جع واعلم ان الاسلام كما يكون بالقول يكون بالفعل أيضا كما لو صلى مكتوبة واتمها مقتديا أو أذن في الوقت أو سجد للتلاوة أو أدى زكاة السائمة لا بغير ذلك وقد نظمها صاحب النهر في قوله

وكافر في الوقت صلى باقتدا * متمما صلاته لا مفسدا

أو أذن ايضا معلنا أو زكى * سوائما كان سجد تزكى

(قوله ان يتبرأ عن الاديان) أشار الشارح بقوله ان يأتي بكلمة الشهادة ويتبرأ الى ان في كلام المصنف حذف المعطوف عليه وأداة العطف مع ان ذلك لا يجوز بغير دليل يدل على الحذف ولا دليل في كلام المصنف حموي وانما كانت توبته بالتبري عن الاديان كلها غير دين الاسلام لانه لا دين له حتى يكلف بالتبري عنه وفيه اشعار بانه لو قال الكافر لا اله الا الله محمد رسول الله يصير مسلما كما في الروضة وغيرها ولا يشترط ان يعلم معنى هذه الكلمات اذا علم انه الاسلام على ما قال الشيخ الجليل ويشترط معرفة اسمه عليه الصلاة والسلام دون معرفة اسم أبيه وجده على ما قال عين الائمة كما في المنية شيخنا عن القهستاني (فرع) هل يجوز ان يقال لولا نبينا محمد صلى الله عليه وسلم لما خلق الله آدم قال هذا شئ ذكره الوعاظ يريدون به تعظيم النبي صلى الله عليه وسلم والاولى ان يحترز عن مثل هذا فان النبي صلى الله عليه وسلم وان كان عظيم المنزلة والمرتبة عند الله تعالى فان لكل نبي من الانبياء منزلة ومرتبة وخاصية ليست لغيره فيكون كل نبي أصلا بنفسه كذا في جواهر الفتاوى وأقول فيه نظر يعلم بمراجعة المقصد الاول من المواهب للقسطلاني حموي (قوله وكره قتله) أي يكره قتل المرتد قبل عرض الاسلام عليه لما فيه من ترك المندوب سواء قتله الامام أو غيره وان أدب لافتياته على الامام وعلى القول بوجوب العرض يكره تحريما نهر (قوله ولا تقتل المرتدة) لان المبيح للقتل كفر المحارب ولو قتلها قاتل لا شئ عليه حرة كانت أو أمة ذكره في المبسوط وفي التتارخانية عن العتابية يضمن في الامة لمولاها وفي الولوالجية وان قتلها قاتل لم يضمن شيئا لان قيمة الدم بالاسلام وقد زال ويؤدب على ذلك لارتكابه ما لا يحل بحر واقتصر في الدر فيما سيأتي على ما في المبسوط والخنثى المشكل كالمرأة نهر وفي الاشباه في الفن الثالث الخنثى المشكل كالانثى الا في مسائل لا يلبس حريرا ولا ذهبا ولا فضة ولا يزوج من رجل ولا يقف في صف النساء ولا حد بقذفه ولا يخلو بامرأة حموي وكان الاولى اطلاق المنع بأن يحذف قوله من رجل اذ لا يزوج من امرأة أيضا ولا من خنثى وقدمنا عن الفتاوى الخيرية انه لو زوج خنثى من خنثى فظهر أحدهما ذكرا والآخر أنثى يصح (تتمة) لا تسترق المرتدة الحرة ما لم تلحق بدار الحرب وفي رواية النوادر عن الامام انها تسترق ولا بأس بالافتاء به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السيء بالردة اثبات الفرقة وينبغي ان يشتريها الزوج من الامام أو يهبها له اذا كان مصرفا لانها صارت بالردة فيئا للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتد ضرر قصدها عليها وما وقع في النهر من قوله لا تسترق المرتدة كالحرة تحريف والصواب

(واسلامه ان) يأتي بكلمة الشهادة
و (تبرأ عن الاديان) كلها سوى
دين الاسلام أو عما انتقل اليه وكره
قتله قبله) أي قبل عرض الاسلام ولا تقتل
(و) لكن (المرتدة) لم يضمن قاتلها
مطلقا سواء كانت حرة أو أمة

في

حذف الكاف واعلم ان وقوع الفرقة بالردة هو ظاهر الرواية كما في الشرنبلالية قال وقد أفتى الدبوسي والصفار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها وغيرهم مشوا على الظاهر لكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح (قوله خلافا للشافعي) هو قول أبي يوسف الاول حموي عن البرجندي له عموم قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولنا ما ورد من نهيه عليه السلام عن قتل الكافرات وهو بعمومه يصدق بالمرتدة والكفر كله ملة واحدة خلافا للشافعي فلو تنصر يهودي أو عكسه ترك على حاله تنوير وشرحه (قوله بل تحبس) شامل لما لو لحقت بدار الحرب ثم سبيت واسترقت فانها تجبر على الاسلام بالضرب والحبس وشمل ما اذا كانت صغيرة عاقلة لما في المحيط ما يجب جزاء على الردة يجوز ان تؤاخذ الصغيرة به والحبس جزاء الردة (قوله وطلب مولاها) الصحيح انها تدفع اليه احتاج اليها أو لم يحتج طلب أو لم يطلب لان الحبس تصرف فيها وذلك الى المولى زيلعي والمراد بالحاجة خصوص الاستخدام ما يعم الوطء لتصريحهم بأنه لا يطؤها صرح به في البحر بخلاف العبد المرتد فانه لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل بحر (قوله وتضرب أسواطا) تسعة وثلاثين كما في الكافي وظاهر كلام الشارح انها تضرب في كل يوم وهو مخالف لما في الزيلعي فانه قال وتضرب في كل ثلاثة أيام مبالغة في الحمل على الاسلام انتهى حموي وأقول ذكر في النهر ما نصه وعن الامام انها تضرب في كل يوم قيل ثلاثة أسواط وعن الحسن تسعة وثلاثين الى ان تموت أو تسلم وهذا أقتل معنى لان موالاة الضرب يفضي اليه كذا في الفتح واختار بعضهم انها تضرب خمسة وسبعين سوطا وهذا ميل الى قول الثاني في نهاية التعزير قال في الحاوي القدسي وهو المأخوذ به في كل تعزير بالضرب انتهى واعلم ان النقل عن الكافي قد اختلف فالسيد الحموي نقل عنه أولا انها تضرب تسعة وثلاثين ثم نقل عنه آخرا ان الضرب مفوض الى المولى (قوله ويزول ملك المرتد عن ماله بردته) لانه زالت عصمة دمه فكذا عصمة ماله حموي (قوله زوالا موقوفا) الى ان يتبين حاله لانه هالك حكما فصار كالهالك حقيقة في زوال الملك حموي عن البرجندي (قوله وعندهما لا يزول ملكه) كالمحكوم عليه بالرجم والقود زيلعي (قوله فان أسلم الخ) هذه الجملة مفسرة لما قبلها حموي (قوله تفسير لقوله زوالا موقوفا) أشار به الى ان الفاء في قوله فان أسلم الخ تفسيرية وحقيقة المراد كما في الفتح انه بالردة يزول ملكه زوالا باتا ان استمر حتى مات حقيقة أو حكم بلحاقه استمر الزوال الثابت من وقت الردة وان عاد عاد الى ملكه وهما ظاهر بأمن الحكم بالزوال فان الساقط لا يعود انتهى وعلى هذا جرى بعض الشارحين حموي وثمرة الخلاف تظهر في تصرفاته فعندهما هي نافذة قبل الاسلام وعنده موقوفة وبعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه اختلفا في تبرعاته فجعلها أبو يوسف من جميع المال ومحمد من الثلث قيد بالمرتد لان المرتدة لا يزول ملكها بالاجماع وينبغي ان يلحق بها من لا يقتل اذا ارتد لشبهة في اسلامه كما مر نهر (قوله وان مات أو قتل) أو حكم بلحاقه نهر (قوله ورث كسب اسلامه الخ) فان قيل المسلم لا يرث الكافر قلنا ان ملكه في كسبه بعد الردة باق لما عرفت انه موقوف فينتقل كسبه في الاسلام الى وارثه لامكان استناده لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرط الاستناد وجود الكسب قبل الردة فيكون توريث المسلم من المسلم درر ويعتبر كونه وارثا عند موته أو قتله والحكم بلحاقه عند محمد وهو الاصح زيلعي سواء كان موجودا عند الردة أو حدث بعده عناية وروى أبو يوسف عن الامام انه يرثه من كان وارثا وقت الردة (قوله وارثه المسلم) واطلاقه يعم الزوجة فترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل أو قضي عليه باللحاق وهي في العدة لانه بالردة كأنه مرض مرض الموت (قوله بعد قضاء دين اسلامه الخ) هذا أعني قضاء دين اسلامه من كسب الاسلام ودين الردة من كسبها رواية زفر عن الامام وبها قال زفر والحسن أيضا وروى أبو يوسف عنه انه من كسب الردة الا ان لا يفي فيقضى الباقي من كسب الاسلام وروى الحسن عنه انه يقضى من كسب الاسلام الا ان لا يفي فيقضى الباقي من كسب الردة قال في البدائع وفتاوى الولوالجي وهو الصحيح لان دين الميت انما يقضى من

خلافا للشافعي (بل تحبس) وتجبر هي
عليه (حتى تسلم) وان كانت أمة وطلب
مولاها دفعت اليه ليحبسها في منزله
وتجبر على الاسلام ويستخدمها عند
الحاجة وكيفيته ان تحبس ثم يخرجها
في كل يوم ويعرض عليها الاسلام
وتضرب أسواطا ثم يحبسها هكذا الى
ان تتوب أو تموت (ويزول ملك
المرتد عن ماله) بردته (زوالا موقوفا)
عند أبي حنيفة وعندهما (لا يزول
ملكه) تفسير
لقوله زوالا موقوفا (فان أسلم عاد ملكه) (وان مات أو قتل
على ردته ورث كسب اسلامه وارثه
المسلم بعد قضاء دين اسلامه

ماله وهو كسب اسلامه فاما كسب الردة فلجماعة المسلمين فلا يقضى منه الدين الا لضرورة فاذا لم يف تحققت نهر وعلى هذا فما في المتن خلاف الصحيح كذا قيل وفيه ان مشى المصنف عليه تصحيح الزاهي وعلى هذا يكون في المسئلة اختلاف تصحيح حموى (قوله وكسب ردته فيء) الكسب بفتح الكاف وكسرها شرنبلالية قيد بالمرتد لان كسب المرتدة لورثتها اتفاقا نهر وسيأتي في كلام الشارح ما يفيده وفي النهر عن المعراج وكسب المكاتب المرتد حال الردة لمولاه وفيه عن الخانية وتصرف المكاتب في ردته نافذ في قولهم انتهى ومنه يعلم ان قول المصنف وكسب ردته فيء ليس على اطلاقه بل يستثنى منه المكاتب والظاهر ان المأذون كذلك (قوله وقال الشافعي كلاهما فيء) لان المسلم لا يرث الكافر لا سيما المرتد فانه لا يرث احدا فوجب ان لا يرثه أحد لان اتحاد الملة سبب الارث فاختلافها سبب الحرمان ولهذا لا يرثه موافقه فمخالفه أولى فاذا انتفت الوراثة وهو مال حربي لا أمان له يكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق لما ذكرناه فينتقل الى ورثته بموته فيستند الى ما قبيل ردته فيكون توريث المسلم من المسلم ويمكن استناد كسب الردة الى ما قبل الردة نظرا الى سبب الكسب وهو نفسه فجعل كان الكسب موجودا وله ان استناد التوريث الى أول الردة في كسب الاسلام ممكن لوجوده عندها ولا يمكن استناد التوريث في كسب الردة لعدمه عندها فلو ثبت فيه حكم التوريث لثبت مقتصرا على الحال وهو كافر عند الاكتساب والمسلم لا يرث الكافر زيلعي (قوله وكسب المرتد لورثتها) يعني كسب الاسلام والردة كما تفيده الاضافة ولو قال وكسبا بالتثنية كما في الكافي والنهاية لكان أظهر وهذا بالاتفاق بخلاف المرتد حموى (قوله ويرثها زوجها) ان ارتدت وهي مريضة فماتت في العدة كما مر في طلاق المريض درأي ماتت من ذلك المرض شرنبلالية (قوله وان كانت صحيحة لا يرثها) لانها لا تقتل بخلاف ما اذا ارتد وهو صحيح فانها ترث منه لانه يقتل والحاصل انها لا تصير فارة بالردة الا اذا ارتدت وهي مريضة فلم تكن الردة في حقها بمنزلة حدوث المرض لعدم قتلها بخلافه هو حيث يصير فارا بالردة وان كان صحيحا لوجوب القتل عليه فأشبه الطلاق في مرض الموت ومن هنا تعلم ان ما في الزواهر من انه لا يرثها اذا كانت صحيحة معللا بأنها لا تقتل لا يصادم ما قبله من قوله ويرثها زوجها المسلم لو مريضة كما توهمه في الدر فلا معنى لقوله فتأمل بقي ان يقال ان ارثها منه بارتداده ليس على اطلاقه كما يتوهم من عبارة الشرنبلالية حيث أطلق المسئلة بل مقيد بقيام العدة كما في الزيلعي ونصه وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل أو قضي عليه باللحاق وهي في العدة لانه صار فارا بالردة لان الردة بمنزلة المرض لانها سبب الموت فتعلق حقها بماله وينبغي أن ترث على رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ولو بعد انقضاء العدة أو ارتد قبل الدخول بها لان الشرط الاهلية للارث عند الردة في تلك الرواية فلا معنى لاشتراط قيام العدة عند الموت انتهى وحيث كان قيام العدة عند الموت أو القتل او القضاء باللحاق شرطا بناء على ما هو الاصح من ان الشرط أهلية الارث عند الموت أو القتل أو القضاء باللحاق وهي رواية محمد عن الامام كما في الزيلعي وغيره فغير المدخول بها لا ترث لصيرورتها بالردة أجنبية وليست الردة موتا حقيقيا بدليل ان المدخولة انما تعتد بعد موته بالحيض لا بالاشهر فلم تنتهض سببا للارث والارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت نهر عن الفتح (قوله بلحاقه) بفتح اللام أي لحاق المرتد بدار الحرب حموي عن المفتاح (قوله به) أي بدار الحرب والصواب تأنيث الضمير حموي (قوله عتق مدبره) أي من الثلث قهستاني وكذا مدبرها اذا لحقت وتحل ديونها شرنبلالية (قوله وأم ولده) من كل ماله قهستاني (قوله وحل دينه الذي عليه) يشير به الى ان الاضافة في دينه لادنى ملابسة اذ الدين عليه لا له ولهذا قال في النقاية وحل دين عليه وهذا ظاهر في ان دينه الذي له على غيره لا يحل بل يبقى على أجله ويؤدى مكاتبه الى الورثة والولاء للمرتد لانه المعتق در عن البدائع (قوله وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا) بناء على ان الدنيا كلها عنده دار واحدة ونحن قد بينا المعنى وهو ان باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام أهل الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما انقطعت عن الموتى فصار كالموت

وكسب ردته فيء وبعد قضاء دين ردته هذا عند أبي حنيفة وقالا كلاهما لورثته المسلمين وقال الشافعي كلاهما فيء وكسب المرتدة لورثتها ويرثها زوجها ان ارتدت وهي مريضة وان كانت صحيحة لا يرثها (وان) لحق بدار الحرب مرتدا و(حكم) الحاكم (بلحاقه) به (عتق مدبره وأم ولده وحل دينه) الذي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا قوله وان حكم بلحاقه

الا انه لا يتقرر لحاقه الا بحكم الحاكم لاحتمال ان يعود الينا فلا بدّ من القضاء زيلعي (قوله اشارة الى ان الحكم به شرط) أي باللحاق ظاهره ان القضاء به قصدا صحيح و ينبغي ان لا يصح الا في ضمن دعوى حق العبد وقد قالوا ان يوم الموت لا يدخل تحت القضاء و يوم القتل يدخل واللحاق موت حكما فينبغي ان لا يدخل تحت القضاء قصدا و ينبغي انه لو حكم بعتق مدبره لثبوت لحاقه مرتدا ببينة عادلة ان يصح ولا يشترط له تقدم الحكم بلحاقه بحر ورده في النهر بأنه ليس معنى الحكم بلحاقه سابقا على هذه الامور ان يقول ابتداء حكمت بلحاقه كما قد توهمه بل اذا ادّعى مدبر مثلا على وارثه انه لحق بدار الحرب مرتدا وانه عتق بسبب لحاقه وثبت ذلك عند القاضي حكم أولا بلحاقه ثم بعتق ذلك المدبر كما يعرف ذلك من كلامهم انتهى واقول تأويل العبارة بشئ تصح به لا يمنع الاعتراض على ما يقتضيه ظاهرها ولا شك ان ظاهر العبارة يقتضي صحة القضاء به قصدا حموي بقي ان يقال مقتضى قوله في النهر حكم أوّلا بلحاقه ثم بعتق ذلك المدبر ان الحكم بعتق المدبر لا يكفي عن الحكم باللحاق بل لا بدّ من الحكم باللحاق قبل الحكم بعتق المدبر وهو خلاف ما في البحر (قوله وتوقف مبايعته) أراد بها كل ما كان مبادلة مال بمال فيشمل الصرف والسلم والصلح عن اقرار والاجارة وقبض الدين لانه مبادلة حكمية والرهن أيضا قيل لانه معاوضة مالية وعلى هذا فتدخل الهبة بشرط العوض نهر وعبارته في البحر ولما كان الرهن من المعاوضات في المال كالبيع كان داخلا في النهر من التعليل يخالف ماذكره في البحر الا ان يضبط هكذا فيقال لانه معاوضة مآلية من الاول لا من المال واطلاق قوله وتوقف مبايعته يشير الى ان تصرف المرتد يتوقف في الكسبين جميعا وهو الصحيح وسيأتي لهذا مزيد بيان (قوله وعتقه) المراد العتق وتوابعه فيشمل التدبير والكتابة حتى لو أعتقه الوارث المسلم الذي ليس له سواه لا ينفذ عتقه أيضا كما في الخانية قال في البحر ولم أر حكم التقاطه لقيطا أو لقطة قال في النهر وبقي ايداعه واستيداعه وأمانه وعقله ولا شك في عدم صحة امانه اذا مان الذمي لا يصح فهذا أولى وكذا عقله لان التناصر لا يكون بالمرتد وأما التقاطه ولقطته وايداعه واستيداعه فلا ينبغي التردد في جوازها وقوله في النهر الذي ليس له سواه أي ليس للمرتد سوى ذلك الوارث (قوله وهبته) وأما قبول ما وهب له فيصح كما سيأتي عن البحر وكذا تتوقف وصيته أيضا كما في الدرر أي وصيته التي صدرت في حال ردته أما وصيته التي في حال اسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية انها تبطل مطلقا قربة اوغير قربة كالوصية للنائحة والمغنية حموي عن الفتح وهذا ظاهر في انه لا يشترط لصحة الوصية كونها بقربة اذ لو كان ذلك شرطا لوقعت في الاصل باطلة بلا توقف على وجود مبطل (قوله هذا عند أبي حنيفة) اعلم ان تصرف المرتد يتوقف في الكسبين جميعا وهو الصحيح وقال بعض المشايخ ان تصرفه في كسب الردة نافذ في ظاهر الرواية وموقوف في رواية الحسن والاول أصح وهذا كله عند الامام وأما عندهما فتصرفاته نافذة في الكسبين قهستاني (قوله وعندهما الخ) والخلاف بينهم في تصرفات وقعت قبل اللحاق واما بعده قبل الحكم فهي موقوفة بالاجماع كولايته على اولاده الصغار قهستاني عن المحيط (قوله نافذ بالاتفاق) وهو ما لا يعتمد ولاية ولا حقيقة ملك نهر (قوله كالاستيلاد) بان ولدت أمته وادعى نسب الولد تصير الامة ام ولده و يثبت النسب حموي عن البرجندي (قوله والطلاق) وكذا قبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون فالنافذ منه اتفاقا خمس بحر و زيلعي وقوله والطلاق صريح في ان الفرقة بالردة من الفرق التي يقع بعدها الطلاق او يحمل انهما ارتدا معا فطلق كذا ذكره شيخنا ونقل الحموي عن البرجندي ان طلاق المرتد انما يتصور اذا ارتد الخ وجان معاذ كره في الكافي وقيل اذا ارتد ينفسخ النكاح بينهما وتكون في العدة فيصح الطلاق كذا في بعض الشروح انتهى والحاصل ان الطلاق يلحق المعتدة بعدة الطلاق والمعتدة بردة الزوج او بردتها ومعتدة التفريق باباتها وقد نظم ذلك العلامة المقدسي فقال

في عدة عن الطلاق يلحق * او ردة أو بالاباء يفرق

شارة الى ان الحكم به شرط لتحقق احكام الموت وهو ظاهر الرواية وفي بعض الروايات تثبت الاحكام بمجرد الالتحاق وقوله عتق مدبره اشارة الى ان احكام الموت تتحقق بمجرد الحكم باللحاق ولا يشترط القضاء بتلك الاحكام وبه قال الجمهور واليه اشار محمد في أكثر المواضع وقيل يشترط القضاء بشيء من احكام الموت ولا يكتفي بالقضاء باللحاق (وتوقف مبايعته) هذا ابتداء حكم غير معطوف على قوله وحل دينه لانه غير مقيد بقوله وان حكم بلحاقه (وعتقه وهبته) ورهنه (فان آمن نفذ وان هلك) على ردته (بطل) هذا عند أبي حنيفة وعندهما تنفذ هذه التصرفات الا ان عند أبي يوسف تنفذ كما تنفذ من الصحيح حتى تعتبر تبرعاته من الكل وعند محمد تنفذ كما تنفذ من المريض حتى تعتبر تبرعاته من الثلث واعلم ان تصرفات المرتدين على أربعة أقسام قسم منها نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق وقسم منها

(قوله

(قوله باطل بالاتفاق) وهو ما يعتمد الملة در (قوله كالنكاح) ذكر في البحران الذي لا يصح منه اتفاقا خمس النكاح والذبح والصيد بالكلب والبازي والرمي والارث والشهادة انتهى (قوله موقوف بالاتفاق) وهو ما يعتمد المساواة وهو المفاوضة او ولاية متعدية وهو التصرف على ولده الصغير در (قوله كالمفاوضة) لانها تقتضي المساواة في الدين ولا دين له لكنه يحتمل الرجوع در ر ونظير المفاوضة ولايته على اولاده الصغار ومالهم زيلعي (قوله مختلف في توقفه) وهو ما كان مبادلة بمال او عقد تبرع در (قوله وان عاد مسلما) نقل السيد الحموي عن البرجندي عن الخانية ما نصه ارتد الموكل وانعزل الوكيل ثم عاد مسلما ذكر في الوكالة انه لا يعود وكيلا وفي السير الكبير انه يعود وكيلا وان ارتد الوكيل وعاد مسلما قال أبو يوسف لا يعود وكيلا وقال محمد يعود وكيلا انتهى (قوله فما وجده في يد وارثه أخذه) لان الوارث انما يخلفه لاستغنائه وان عاد مسلما احتاج اليه وفي قوله وارثه ايماء الى انه لا حق له فيما وجده من كسب ردته لان أخذه ليس بطريق الخلافة بل لانه فيء نهر وهو ظاهر في ان ما يجده من كسب اسلامه له أخذه سواء كان في يد وارثه أم لم يكن بان وضع في بيت المال لعدم الوارث ومن هنا تعلم ما في الدر من الايهام واعلم انه لو عاد بعد الموت الحقيقي بان احياه الله تعالى كان الحكم كذلك عناية (قوله بقضاء او رضا) لانه دخل في ملكه بحكم شرعي فلا يخرج عن ملكه الا بطريقه عيني ولهذا ليس له ان يضمنه بعد ما أخرجه او أتلفه ولا سبيل له على امهات اولاده ومدبريه لان القاضي قضى بعتقهن عن ولاية شرعية ولا يمكن نقضه زيلعي (قوله جعل كانه لم يلحق) حتى لا يعتق مدبره وأم ولده درر ولم يحل ما أجل من دينه وفيه اشارة الى انه لا يسقط بالردة ما هو من حقوق العباد وكذا حقوقه تعالى التي يطالب بها الكفار كالحدود سوى حد الشرب كما في شرح الطحاوي وكذا ما لا يطالبون به مثل الصلاة والصوم والزكاة والنذر والكفارة فيقضي اذا أسلم على ما قاله شيخ الائمة لان تركها معصية والمعصية بالردة لا ترتفع كما في قاضيخان وغيره وعن أبي حنيفة لو وجب عليه صوم شهرين متتابعين ثم ارتد ثم تاب سقط عنه القضاء كما في التتمة وذكر التمرتاشي انه يسقط عند العامة ما وقع حالة الردة وقبلها من المعاصي ولا يسقط عند كثير من المحققين قهستاني (قوله نصرانية) أراد بها الكتابية من اطلاق الخاص وارادة العام مجازا حموي (قوله فادعاه) قيد به لان نسب ولد الامة لا يثبت بدون الدعوة حموي (قوله وهو ابنه حر) لان المرتد لا يسترق نهر (قوله ولكن لا يرثه) لان الام اذا كانت نصرانية يكون الولد مرتدا تبعا لابيه لانه اقرب الى الاسلام منها لكونه يجبر على الاسلام دونها والمرتد لا يرث أحدا زيلعي قلت فعلى هذا قولهم يتبع الولد خير الابوين دينا ولو حكما لان المرتد لا دين له كما تقدم حموي (قوله ولو كانت مسلمة والمسئلة بحالها) بان جاءت به لستة فاكثر ورثه الابن لانه مسلم تبعا لامه والحاصل ان الام اذا كانت مسلمة وجاءت به لستة أشهر او اكثر منذ ارتد ورث ويعلم ارثه بالاولوية فيما اذا جاءت به لاقل منها وهو المراد بقوله في الصورتين واذا كانت نصرانية وجاءت به لاقل من ستة أشهر منذ ارتد ورث وان لستة او اكثر لا يرث كما ذكره المصنف فكانت الصور أربعة يرث في ثلاث منها ولا يرث في واحدة الى هذا اشار الشيخ شاهين وما ذكره الحموي اولى حيث قال في بيان الصورتين هما ولادته لستة أشهر او اكثر انتهى لان ولادته لاقل لم يسبق لها ذكر وان علم فيها الارث بالاولى كما ذكره شيخنا (قوله او قتل) صريح في ان المقتول لا يقال له ميت وليس كذلك حموي (قوله فالولد يرثه) لان العلوق حينئذ في حالة الاسلام فيكون مسلما والمسلم يرث المرتد وان جاءت به لاكثر كان العلوق من ماء المرتد فيتبع المرتد لانه أقرب الى الاسلام من الام لانه يجبر عليه اذ الظاهر من حاله ان يسلم فاذا كان مرتدا لا يرث لان المرتد لا يرث المرتد درر (قوله وان لحق المرتد بدار الحرب الخ) لم يقيد بحكم القاضي باللحاق تبعا لظاهر الرواية كالجامع الصغير وما في الدرر من التقييد مخالف لظاهر الرواية حموي (قوله أي على المال) وجعل العيني الضمير للمرتد وصنيع الشارح أولى لانه يلزم على ما ذكره العيني تفكيك الضمير حموي ووجه اللزوم ان الضمير في فهو فيء يعود على المال لا على المرتد لما علم من

باطل بالاتفاق كالنكاح والذبح وقسم منها موقوف بالاتفاق كالمفاوضة وقسم منها مختلف في توقفه وهو ما عدد في المتن (وان عاد) المرتد الى دار الاسلام (مسلما بعدما الحكم بلحاقه فما وجده في يد وارثه) من ماله بعينه (أخذه) ولكن انما يعود الى ملكه بقضاء او رضا وانما قيد بقوله بعد الحكم بلحاقه لانه لو عاد المرتد مسلما قبل القضاء به جعل كأنه لم يلحق وكأنه لم يزل مسلما فيأخذ ما عند وارثه ماله بغير قضاء ورضا ولا يضمن ما أتلفه (والا) أي وان لم يجد ماله في يد وارثه (لا) بأن أزاله الوارث عن ملكه بأنحاء (ولو ولدت أمة له نصرانية لستة أشهر) او أكثر (مذ ارتد فادعاه فهي أم ولده وهو ابنه حر) لكن (لا يرثه ولو) كانت (مسلمة) والمسألة بحالها (ورثه الابن ان مات) المرتد في الصورتين او قتل (على الردة او لحق) مرتدا (بدار الحرب) وانما قيد بقوله لستة أشهر لانها لو جاءت بولد لاقل من ستة أشهر فالولد يرث كذا في النهاية (وان لحق المرتد) بدار الحرب (بماله) أي مع ماله (فظهر عليه) أي على المال (فهو فيء فان رجع) بعد لحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام (وذهب بمال) وأدخله في دار الحرب (فظهر عليه) اي على المال

انه لا يسترق ووجه كونه فيئا ان ملك ورثته فيه غير ثابت حيث ألحقه معه ابتداء فسقطت عصمته باللحاق وكذا عصمة ماله لانه تبع للنفس زيلعى (قوله فلوارثه) لانه باللحاق انتقل لوارثه فكان مالكا قديما در (قوله وبالقيمة بعد القسمة) أى قسمة القيمة ولا يأخذه لو مثليا لعدم الفائدة در ولو اشتراه تاجر نا يأخذه بالثمن الذى اشتراه به على ما مر حموى عن شرح الحلبى (قوله هذا اذا رجع الخ) لو أبقى المتن على اطلاقه لكان اولى اذ لا فرق فى ظاهر الرواية بين ان يكون رجوعه بعد الحكم بلحاقه أو قبله بحر عن الفتح (قوله فكذلك فى روايه) هى ظاهر الرواية وهو الوجه لان القضاء انما احتيج اليه لترجيح عدم عوده وهذا موجود بعوده وأخذه المال ولحاقه ثانيا فكان بمنزلة القضاء نهر عن الفتح (قوله وفى رواية يكون فيئا) الانسب بقوله هذا اذا رجع بعد القضاء تقديم هذه الرواية على قوله فكذلك فى رواية حموى (قوله وقضى بعبده لابنه) يعنى بعد القضاء بلحاقه على ما مر نهر (قوله فكاتبه) قيد بالكتابة لانه لو دبره كان الولاء للابن كما فى التتارخانية وكان الفرق أن الكتابة تقبل الفسخ بالتعجيز فلم يكن فى معنى العتق من كل وجه بخلاف التدبير نهر (قوله أى بدل الكتابة باقية) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها أى فالكتابة باقية وهى الصحيحة وأما الاولى فمختلفة لفظا ومعنى حموى (قوله باقية) لان الكتابة لا يمكن فسخها لصدورها عن ولاية شرعية فجعلناه نائبا عنه وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع عنه العتق نظيره المكاتب اذا كاتب عبده ثم عجز وفسخت الكتابة الاولى تبقى الكتابة الثانية على حالها و يكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه عينى لكن فى النهر وجزم فى الخانية بأنه اذا رجع قبل ان يؤدى جميع بدل الكتابة كان له ابطالها وهو مناف لما مر اه وقوله قبل ان يؤدى جميع بدل الكتابة صادق بما اذا لم يؤد شيئا أو ادى البعض وبه صرح البرجندى على ما نقل عنه الحموى ونصه وان أدى البعض وبقى البعض فله ان يبطلها اه ولم يحك خلافا (قوله والولاء لمورثه) فان قلت هلا قال والولاء له وما الفائدة فى قوله لمورثه قلت فيه ايذان بان الابن ورث العبد بقضاء القاضى فتصح كتابته ولو قال كما قلت لاحتمل عود الضمير الى الابن حموى عن القراحصارى (قوله بعد ما عتق المكاتب) أى بالتنجيز أو بأداء بدل الكتابة حموى (قوله فى كسب الاسلام) لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون فى مال المكتسب فى الاسلام لنفوذ تصرفه دون المكتسب فى الردة لتوقف تصرفه درر واعلم ان ما ذكره المصنف هنا حيث أوجب الدية فى كسب الاسلام يناقض ما قدمه من ان دين كل حال يقضى من كسبها وواضح على الصحيح الذى قدمناه انهما فى كسب الاسلام الا ان لا يفى فيؤخذ الباقى من كسب الردة شرنبلالية قال فى الفتح وعلى هذا لو غصب مالا فا فسده يجب ضمانه فى مال الاسلام وعندهما فى الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الاسلام واكتسب فى الردة تهدر الجناية عند أبى حنيفة خلافا لهما قال فى النهر وقوله تهدر الجناية الظاهر انه تفقه منه لا حكاية للمنقول والا فالمسطور فى كلامهم خلافه ففى التتارخانية قال محمد فى الجامع فان لم يكن له الا كسب الاسلام أو الا كسب الردة تستوفى الدية منه وان كان له كسبهما فعلى قولهما تستوفى الدية من الكسبين وعلى قوله تستوفى من كسب الاسلام أولا فان فضل شئ منها أخذ الفضل من كسب الردة وفى الخانية وان لم يكن له الا كسب الردة كان عليه الدية من ذلك المال الخ (قوله وقالا فى مال الخ) مقيد بما اذا لم يسلم قال واذا أسلم ثم مات أو لم يمت يكون فى الكسبين جميعا بالاتفاق لان الكل ماله ولهذا يجرى فيه الارث بالاتفاق انتهى (قوله يقتل الا ان يلحق) فيه نظر بل الظاهر ان يقال يقتل الا ان يسلم أو يلحق بدار الحرب وحينئذ لا يتم ما ذكره من التنبيه حموى (قوله عمدا) قيد به لانه فى الخطأ على العاقلة در (قوله فيهما) أى فيما اذا قتل أو لحق حموى وصوابه ابدال القتل بالموت اذ لم يتقدم للقتل ذكر (قوله نصف الدية فى ماله) لان القطع حل محلا معصوما والسراية حلت محلا غير معصوم فاعتبر القطع لا السراية فيجب نصف الدية فى ماله لان العاقلة لا تتحمل العمد كما مر ولم يجب القصاص لشبهة الارتداد درر وأما الثانية وهو ما اذا لحق بدار الحرب بعد الردة وقضى القاضى بلحاقه فلانه يصير

ميتا
٢

(فلوارثه) الا انه يأخذه بغير شئ قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة هذا اذا رجع بعد قضاء القاضى بلحاقه أو بالمال لورثته فاما قبل القضاء فكذلك فى رواية وفى رواية يكون فيئا (فان لحق) المرتد بدار الحرب وله عبد فى دار الاسلام (وقضى بعبده لابنه فكاتبه) الابن (فجاء) المرتد حال كونه (مسلما فالمكاتبة) أى بدل الكتابة (باقية والولاء لمورثه) بخلاف ما اذا رجع بعد ما عتق المكاتب فان الولاء فيه للابن كذا فى النهاية (فان قتل مرتد رجلا خطأ ولحق) بدار الحرب (أو قتل فالدية فى كسب الاسلام) خاصة عند أبى حنيفة وقالا فى مال كسبه فى الردة والاسلام وكذا اذا كان حيا فى دار الاسلام والتقييد باللحاق والقتل اتفاقى وانما قيد بهما تنبيها على ان المرتد يقتل الا ان يلحق بدار الحرب (ولو ارتد بعد القطع) أى لو ارتد مسلم بعد ما قطعت يده (عمدا ومات منه أو لحق) بدار الحرب وقضى بلحاقه (فجاء مسلما فمات منه ضمن القاطع) فيهما (نصف الدية فى ماله لورثته) وانما قيد بقوله بعد القطع لانه لو قطع يد المرتد فاسلم ومات منه

مبانة مدبرا والموت بقطع السراية واسلامه حياة حادثة تقديرا فلا يعود حكم الجناية الاولى زيلعي (قوله لا يضمن شيئا) لان ما أهدر لا يلحقه الاعتبار بخلاف المعتبر فانه قد يلحقه الاهدار بالابراء فكذا بالردة فيجب عليه ضمان ما أتلفه وهو اليد دون النفس زيلعي (قوله ضمن القاطع الدية كلها) لكونه معصوما وقت القطع ووقت السراية درر وفيما بينهما حال البقاء فلا يعتبر شيخنا (قوله وعند محمد وزفر نصف الدية) وهو القياس لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام معتبرا عيني ولو قطع مسلم يد مسلم ثم ارتد القاطع وقتل على ردته ثم مات المقطوع يده من ذلك ان كان عمدا فلا شئ على أحد لفوات محل القصاص وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع الدية فى ثلاث سنين من يوم قضى القاضى عليهم حموى عن قاضيخان (قوله فكتابته لمولاه) لان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والردة لا تؤثر فى الكتابة فكذا اكسابه درر (قوله ولو ارتد الزوجان ولحقا الخ) قيد بردتهما لانه لو مات مسلم عن امرأة حامل فارتدت ولحقت فولدت هناك ثم ظهر عليهم أى على أهل تلك الدار فانه لا يسترق ويرث أباه لانه مسلم ولو لم تكن ولدته حتى سبيت ثم ولدته فى دار الاسلام فهو مسلم تبعا لابيه مرقوق تبعا لامه ولا يرث أباه لرقه تنوير وشرحه عن البدائع (قوله فولدت ولدا فيها) مطلقا كما سيأتى فى كلام الشارح وتقييده فى الهداية بكون الحبل فى دار الحرب اتفاقى ليعلم حكم ما اذا حبلت به فى دار الاسلام بالاولى بحر (قوله فظهر عليهم) فى نسخة القراحصارى عليه بافراد الضمير وشرحها بقوله أى عليهم الا انه أفرد الضمير ليعود الى الزوج فتدخل الزوجة والولدان تبعا حموى (قوله فالولدان فئ) لان الولد يتبع الام فى الحرية والرق والمرتدة تسترق فكذا ولدها زيلعى وهو ظاهر فى الولد وأما ولد الولد فامه حربية ولهذا والله أعلم عدل فى النهر عنه الى قوله كاصلهما ليشمل المرتدة بالنسبة للولد والحربية بالنسبة لولد الولد اذ كل منهما يسترق (قوله ويجبر الولد على الاسلام) لانه يتبع أبويه فى الاسلام والردة فيجبر كما يجبران الا ان جبره بالضرب والحبس وجبرهما بالقتل نهر وفيه نظر وهو ان هذا صحيح بالنسبة للاب وأما بالنسبة للام فغير صحيح لان المرتدة لا تجبر بالقتل بل بالضرب والحبس كهو حموى (قوله لا ولد الولد) لانه لو أجبر اما ان يجبر تبعا لابيه ولا وجه له لان أباه كان تبعا لابويه والتبع لا يكون له تبع أو تبعا للجد ولا وجه له لان تبعية الآباء فى الدين على خلاف القياس فلا يلحق به الجد ولو الحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم وحواء صلوات الله عليهما وسلامه ولم يوجد فى ذريتهما كافر غير المرتد عينى فحيث انه لم يتبع الجد يسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل لان حكمه حينئذ حكم سائر أهل الحرب اذا أسروا وأما الجد فيقتل لا محالة بحر (قوله مطلقا سواء كانت الزوجة الخ) الاولى ان يذكر هذا الاطلاق بعد قوله فولدت لما فى تأخيره من الايهام حموى (قوله وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يجبر الخ) أى تبعا للجد وهنا أربع مسائل على الروايتين ففى ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعا للجد وفى رواية الحسن يكون والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والرابعة الوصية للقرابة كذا فى الهداية وصورة الجر معتقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لامه والولاء لمولى أمه فاذا اعتق جده لا يجر ولاء حافده الى مواليه عن مولى أمه فى ظاهر الرواية وفى رواية الحسن يجر كما لو عتق أبوه نهر (قوله صحيح) حتى لا يرث من أقاربه الكفار ولا من أقاربه المسلمين ولو كانت تحته مسلمة تبين منه ولو مات لا يصلى عليه حموى ولو حذف التقييد بالاسلام لكان أولى ليعم ما لو كانت كتابية (قوله كاسلامه) لانه عليه الصلاة والسلام صحح اسلام على وكان صغيرا وافتخاره بذلك معروف فقيل كان ابن خمس وقيل ابن سبع وفى البخارى كان ابن ثمان نهر وذكر الحموى ان العاقل هو الذى يعلم ان الاسلام حق والكفر باطل انتهى وفى التنوير وقيل هو الذى يعقل ان الاسلام سبب النجاة ويميز الخبيث من الطيب والحلو من المر انتهى فان قيل لو صح اسلامه لكان ذلك فرضا لاستحالة كون الايمان نفلا بخلاف سائر العبادات فانها متنوعة بين النفل والفرض فاذا صار فرضا لزم ان يكون مخاطبا ولا قائل به فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف ما اذا جعل مسلما

لا يضمن شيئا (فان لم يلحق) المرتد
أو لحق ولم يقض بلحاقه
المقطوع (ضمن) القاطع (الدية)
(وأسلم ومات) وعند محمد وزفر نصف
كلها عندهما (ولو ارتد مكاتب
الدية وهو القياس (واكتسب مالا
ولحق) بدار الحرب وعرض عليه الاسلام
(وأخذ بماله) على ردته (فكتابته
فأبى (وقتل) من بدل الكتابة
لمولاه وما بقي) أى لورثة المكاتب
(لورثته) (ولو ارتد الزوجان ولحقا) بدار الحرب
(فولدت) ولدا فيها (وولد له) أى لهذا
الولد (ولد) فى دار الحرب (فظهر عليهم
فالولدان فئ ويجبر الولد على الاسلام
لا ولد الولد) مطلقا سواء كانت الزوجة
حبلت بهما أو فى دارنا وروى الحسن
عن أبى حنيفة انه يجبر عليه أيضا
(وارتداد الصبى العاقل صحيح كاسلامه)
عندهما وقال زفر والشافعى ارتداده
ليس بصحيح كاسلامه

تبعا لان صفة الفرضية فى الاصل مغنية عن اعتباره فى التبع قلنا انما لم يكن مخاطبا لرفع الحرج عنه فاذا أداه صح كالمسافر وغيره من أصحاب الاعذار يؤدى الجمعة فانها تصح وتقع عن الفرض وان لم تكن الجمعة فرضا عليه زيلعى لكن فى النهر عن التحرير المختار عند الماتريدى انه مخاطب باداء الايمان كالبالغ حتى لو مات بعده بلا ايمان خلد فى النار (قوله وقال أبو يوسف أيضا ارتداده ليس بصحيح) لانها ضرر محض قلنا الامر دللحقيقة بعد وجودها والخلاف فى احكام الدنيا ولا خلاف انه مرتد فى احكام الآخرة لان العفو عن الكفر ودخول الجنة مع الشرك مما لم يرد به شرع ولا حكم به عقل كذا فى التلويح وعلى هذا ما فى الفتح وغيره من انه يخلد فى النار يعنى اتفاقا نهر واعلم ان ظاهر كلام الزيلعى والنهر يفيد ترجيح مذهب الامام ومحمد لكن ذكر شيخنا ان الفتوى على قول أبى يوسف (قوله لان غير العاقل لا تصح ردته) ولا اسلامه كما فى الاختيار وحينئذ فلا وجه للاقتصار والمجنون والسكران كالصبى الغير العاقل حموى عن قراحصارى (قوله ويجبر الصبى عليه) لان ردته صحيحة عندنا وحكم المرتد انه يجبر على الاسلام حموى (قوله ولكن لا يقتل ان أبى) لان القتل عقوبة ولا عقوبة على الصبى رحمة فى حقه عينى (قوله أو بالتهديد) حذف متعلق التهديد ليعم التهديد بضرب أو حبس حموى (قوله أو نحوه) ينظر ما المراد بنحو التهديد حموى (تتمة) كفر بلسانه وقلبه على الايمان يكون كافرا ولا يكون عند الله مؤمنا ولا ينفعه ما فى قلبه * نصرانى أسلم فمات أبوه فقال ليتنى لم أسلم الى هذا الوقت حتى ارث يصير مرتدا لانه تمنى الكفر حموى عن قاضيخان

(باب البغاة)

(قوله لما فرغ الخ) وأخر هذا الباب عن المرتدين لقلة وجوده عناية أو لان مجرى مباحث البغاة من مباحث المرتد مجرى المركب من المفرد لاشتراط الاجتماع فى البغى دون الارتداد نهر عن الحواشى السعدية ثم الخارجون عن طاعة الامام ثلاثة قطاع طريق وعلم حكمهم وبغاة ويجيء حكمهم وخوارج وهم قوم لهم منعة خرجوا عليه بتأويل يرون انه على باطل كفر أو معصية توجب قتاله بتأويلهم يستحلون دماءنا وأموالنا ويسبون نساءنا ويكفرون اصحاب نبينا عليه السلام وحكمهم حكم البغاة باجماع الفقهاء كما حققه فى الفتح وانما لم نكفرهم لكونه عن تأويل وان كان باطلا بخلاف المستحل بلا تأويل كما مر فى باب الامامة در وعدلت عن التقسيم الذى ذكره فى النهر لانه معترض اذ لا حاجة للقسم الثانى من قطاع الطريق فان القسم الاول صادق به كما ذكره الحموى قال ويمكن ان يجاب بان الاول عام والثانى خاص والخاص غير العام الا انه يلزم عليه جعل قسم الشئ قسيماله وأيضا لا يصح الاستدراك فى قوله لكن لهم تأويل بعد قوله كذلك فتأمل انتهى والامام يصير اماما بأمرين بالمبايعة من الاشراف والاعيان وبان ينفذ حكمه فى رعيته خوفا من قهره وجبروته فان بايع الناس الامام ولم ينفذ حكمه فيهم لعجزه عن قهرهم لا يصير اماما فاذا صار اماما فجار لا ينعزل ان كان له قهر وغلبة لعوده بالقهر فلا يفيد والا ينعزل به لانه مفيد تنوير وشرحه وقدمنا عن الدر فى باب الامامة انه يكره تقليد الفاسق ويعزل به انتهى لكن عزله بطرو الفسق خلاف ما عليه الاكثر كما قدمناه عن شرح الفقه الاكبر لبهاء الدين ولهذا جزم فى الاشباه بانه لا ينعزل به ولم يحك خلافا وكذا فى العقائد النسفية وشرحها للسعد وأقول ما فى الاشباه أقره محشيها الحموى مع انه هناك ذكر ان شرط صحة الامامة الاسلام والحرية والعقل والبلوغ والعدالة الخ وكذا الكمال يقول باشتراط عدالة الامام كما فى البحر ونصه ولم يقيد المصنف الامام بالعادل وقيده بها فى الفتح (قوله فان لم يكن له تأويل الخ) أى للباغى وكان الظاهر ان يقال فان لم يكن لهم تأويل لكنه ارجع الضمير بصيغة الافراد على الجمع باعتبار واحده حموى (قوله فحكمه حكم

وقال أبو يوسف أيضا ارتداده ليس بصحيح وانما قيد بالعاقل لان غير العاقل لا تصح ردته (ويجبر) الصبى (عليه و) لكن (لا يقتل) ان أبى وفى القياس يقتل ثم الجبر اعم من ان يكون بالحبس أو بالتهديد أو نحوه

(باب البغاة)

لما فرغ من بيان الجهاد مع الكفار شرع فى بيان الجهاد مع المسلمين من البغاة وهى جمع الباغى كالغزاة جمع الغازى وهم قوم من المسلمين خرجوا عن طاعة الامام الحق ظانين انهم على الحق والامام على الباطل متمسكين فى ذلك بتأويل فاسد فان لم يكن له تأويل فحكمه حكم اللصوص

اللصوص) فيؤخذون بقتل النفس وأخذ المال زيلعى (قوله خرج قوم مسلمون) قيد بذلك
لان أهل الذمة اذا غلبوا على بلدة صاروا أهل حرب كامر ولو قاتلونا مع أهل البغى لم يكن ذلك نقضا
للعهد منهم كذا فى الفتح وهذا لا يرد على المصنف لانهم اتباع للبغاة المسلمين نهر (قوله وغلبوا الخ) قال
فى البحر وقيد بتغلبهم لانه لا يثبت حكم البغى مالم يتغلبوا ويجتمعوا ويصير لهم منعة الخ والمراد بالتغلب
الاستيلاء قال الجوهرى وتغلب على بلد كذا استولى عليه قهرا (قوله على بلدة) متعلق بمحذوف
على انه حال أو صفة مصدر محذوف وظاهر اطلاقه يشمل مالو كانت البلدة فى بلاد الكفرة الطائعين
للامام حموى (قوله دعاهم الامام الخ) لان عليا بعث عبد الله بن عباس الى أهل حروراء فدعاهم
الى التوبة وناظرهم قبل قتالهم ولانه ترجى توبتهم ولعل الشر يندفع بالتذكرة قال تعالى وذكر
فان الذكرى تنفع وهو أهون فيبدأ به وهذه الدعوة ليست بواجبة لانهم علموا لماذا يقاتلون زيلعى فيجوز
قتالهم قبل الدعوة وكشف الشبهة وان صار تاركا للمندوب وحروراء بالحاء المهملة ممدودا ومقصورا قرية
بالكوفة كان بها اجتماع الخوارج بسبب تحكيم على أبا موسى الاشعرى بينه وبين معاوية قائلين ان
القتال واجب بقوله تعالى فقاتلوا التى تبغى الآية وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى
ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون وذلك انه رضى الله عنه انفذ ابن عباس ليكشف شبهتهم
ويدعوهم الى العود فلما ذكر واشبهتهم قال ابن عباس هذه الحادثة ليست بادنى من بيض حمام
وفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم ذوا عدل منكم فكان تحكيم على رضى الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة
فتاب البعض واصر آخرون عناية (قوله أى الى العود الى الجماعة) اشار بالتفسير الثانى الى ان
المراد بدعاء الامام لهم الى نفسه عودهم الى الجماعة حموى لكن ذكر العينى ان جعل الضمير فى قوله دعاهم
اليه أى الى نفسه أى الى طاعته أحسن واصوب من جعله للعود الى الجماعة (قوله فالناس لا يعينون
الامام) لئلا يصيروا اعوانا على الظلم ولا البغاة لئلا يكون ذلك خروجا على الامام الا اذا اثبتوا ما يجوز
لهم القتال كجور الامام فانه يجب على المسلمين معاونتهم حتى ينصفهم بخلاف ما اذا اشتبه الحال بحر
عن الفتح خلافا لما فى النهر عن السراج قال الحموى يمكن الجواب عن المخالفة بانها لاختلاف الزمان
لا لاختلاف البرهان فعدم معاونتهم هو الانسب بزمانهم لعدم جور الولاة ومعاونتهم هو الانسب بزماننا
لجور الولاة انتهى (قوله وعلى الناس ان يعينوه) لان طاعة الامام فيما ليس بمعصية فرض
فكيف بما هو طاعة درعن البدائع والمروى عن أبى حنيفة من لزوم البيت محمول على عدم
الامام أو على ان الامام لم يدعه واما اعانة الامام فمن الواجبات عند القدرة وما روى عن ابن عمر مع
جماعة من الصحابة من القعود عند الفتنة محمول على انهم كانوا عاجزين زيلعى وبحر (قوله وبدأ بقتالهم)
وان لم يبدؤا لان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع بقصد القتال وذكر القدورى انا لا نبدأهم
لانهم مسلمون فلا يجوز قتل المسلم الا دفعا بخلاف الكفار فان نفس الكفر مبيح ولنا اطلاق قوله تعالى
فقاتلوا التى تبغى حتى تفئ الى أمر الله فصار قتالهم كقتال أهل الحرب ولو طلبوا الموادعة اجيبوا ان
كان خيرا كاهل الحرب ولو أخذوا منا رهونا وأخذ منهم الامام كذلك على ان ايهما غدر يقتل
الآخرون الرهن فقتلوا ما عندهم لا ينبغى لنا قتل رهونهم لانهم آمنون فى ايدينا وشرط اباحة دمهم
باطل ولكن نحبسهم الى ان يهلك أهل البغى أو يموتوا وكذلك أهل الشرك اذا فعلوا برهوننا ذلك
لا نفعل برهونهم ولكن يجبرون على الاسلام أو يصيروا ذمة لنا (قوله اجهز على جريحهم) وكذا
اسيرهم وان شاء حبسه وهو الاحسن لانه يؤمن شره من غير قتل كذا فى الاختيار وفى الفتح اذا أخذت
المرأة من أهل البغى وكانت تقاتل حبست ولا تقتل الا فى حال مقاتلتها دفعا وانما تحبس للمعصية ولمنعها
من الشر والفتنة حموى واعلم ان ما ذكره المصنف من قوله واجهز على جريحهم على رواية خواهر زاده
واما على رواية القدورى فينبغى ان لا يجوز الاجهاز والاتباع أصلا حموى عن البرجندى (قوله

اذا (خرج قوم مسلمون عن طاعة الامام وغلبوا على بلدة دعاهم) أى الى نفسه أى الى
الامام (اليه) أى الى العود الى الجماعة (وكشف شبهتهم)
فان اجابوا تم المرام وحصل الالتئام
وان قالوا فعلنا لظلمك فالامام يمتنع عن
الظلم ولو لم يمتنع وقاتلهم فالناس
لا يعينون الامام ولا البغاة ولو قالوا
فعلنا لان الحق معنا وادعوا الولاية فله
ان يقاتلهم وعلى الناس ان يعينوه
(وبدأ بقتالهم) أى يحل للامام ان
يقاتلهم وان لم يبدؤا بقتاله اذا
تعسكروا واجتمعوا وذكر القدورى فى
مختصره ولا يبدأهم بقتال حتى يبدؤه
فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم
وهو قول الشافعى (ولو لهم فئة) أى
ولو كان للبغاة جماعة يرجعون اليها
(أجهز على جريحهم) أى أسرع قتله
واتمه

واتبع موليهم) بكسر اللام وسكون الياء وهو الذي يولي ويهرب خوفا على نفسه حموي عن البناية وكل من اتبع واجهز بالبناء للمفعول (قوله والالا) لان جواز القتل كان للخوف واذ لاخوف لعدم الفئة فلا قتل لكونه مسلما درر (قوله ولكن تحبس أموالهم ولا تقسم حتى يتوبوا) لقول على يوم الجمل لا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله لا يقتل اسير يعني اذا لم يكن لهم فئة وان كان لهم فئة فالامام بالخيار ان شاء قتله لئلا ينفلت ويلتحق بهم وان شاء حبسه لان شره يندفع به وليس له ان يسترقه لانه مسلم والاسلام يمنع الاسترقاق ابتداء وهو المراد بقول على لا يكشف ستر حين طلب منه الصحابة ان يقسم النساء بينهم فقال اذا قسمت فلمن تكون عائشة فابهتهم بذلك فقطع شبهتهم ولانهم مسلمون فتكون أموالهم وأنفسهم معصومين بالعصمتين الاسلام والدار لكونهم في دار الاسلام زيلعي وقوله يوم الجمل هو اليوم الذي كان فيه وقعة عائشة مع على رضي الله عنهما لما قتل عثمان يوم الجمعة لثمان عشرة خلت من ذي الحجة سنة خمس وثلاثين من الهجرة وبويع لعلي بالمدينة بالخلافة يوم قتل عثمان وبايع طلحة والزبير كارهين فخرجا الى مكة وبها عائشة ثم خرجا من مكة ومعهما عائشة الى البصرة يطلبون بدم عثمان وبلغ ذلك عليا فخرج من المدينة الى العراق واستقر أهل العراق بالمسير معهم فسافر بهم الى البصرة فلقي طلحة والزبير وعائشة ومن معهم من أهل البصرة وغيرهم ووقع بينهم قتال عظيم فظفر بهم وقتل يومئذ طلحة والزبير وغيرهما وبلغت القتلى ثلاثة عشر ألف قتيل وانما سمي يوم الجمل لان عائشة كانت يومئذ على جمل يسمى عسكرا حموي عن البناية (قوله وان احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم) قال في الاختيار معناه اذا كان لهم فئة شرنبلالية ولا ضمان باتلافها درر وعبارة قرا حصاري يعني اذا كان لهم فئة وفي ذكر الاحتياج اشارة اليه انتهى حموي (قوله ويباع الكراع) لان ذلك انظر وايسر لان الكراع يحتاج الى نفقة وقد تأتي على قيمته فكان بيعه انفع لصاحبه شرنبلالية عن الجوهرة ويقاس العبد أيضا يعني اذا كان يخدم مولاه اما لو قاتل معه فانه يقتل نهر والكراع بالضم في البقر والغنم بمنزلة الوظيف في الفرس والبعير وهو مستدق الساق يذكر ويؤنث والجمع اكراع ثم اكارع وفي المثل اعطى العبد كراعا فطلب ذراعا لان الذراع في اليد وهو أفضل من الكراع في الرجل والكراع اسم يجمع الخيل كذا بخط شيخنا عن مختار الصحاح (قوله ويحبس ثمنه) فاذا زالت الفتنة رده عليهم (قوله لم يجب عليه شئ) أي لا القصاص ولا الدية لانقطاع ولاية الامام عنهم درر وفيه بحث لان المستأمنين في دار الحرب اذا قتل أحدهم الآخر تجب الدية مع انقطاع ولاية الامام حموي عن الحواشي اليعقوبية والحاصل انه انما وجبت الدية بقتل أحد المستأمنين الآخر لبقاء العصمة اذ دخول المسلم دار الحرب لا يوجب سقوط عصمته وكان القياس وجوب القصاص لكنه سقط لانقطاع ولاية الامام بخلاف ما اذا قتل باغ مثله حيث لا يجب شئ لعدم العصمة فلو علل صاحب الدرر المسئلة كما في الدر بقوله لكونه مباح القتل فلهذا الاثم لكان صوابا ومحصل ما يستفاد من البحث الذي ذكره يعقوب باشا ان التعليل بانقطاع ولاية الامام غير مسلم لانه يرد عليه وجوب الدية فيما اذا قتل احد المستأمنين الآخر بدار الحرب مع ان ولاية الامام منقطعة أيضا اما عدم وجوب القصاص والدية فيما اذا قتل الباغي مثله فلا نزاع له فيه خلافا لمن توهم ذلك فادعى ان ماذكره المصنف هنا مخالف لما ذكره في باب المستأمن وليس كذلك (قوله حتى أخرجهم امام أهل العدل) اذ حينئذ لم تكن ولاية الامام منقطعة عن المصر فتجري احكامه درر (قوله اما اذا اجروا فيه احكامهم الخ) قال في البناية وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا وبه قال الشافعي حموي (قوله لم يجب شئ) من قصاص أو دية ولكن يستحق عذاب الآخرة شرنبلالية (قوله في الصورتين) اما الاول فلان العادل اذا اتلف نفس الباغي أو ماله لا يأثم به ولا يضمن لان المحاربة تبطل العصمة وقد أمرنا بمقاتلتهم لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفئ الى امر الله فصار قتلهم بحق

(واتبع موليهم) وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين (والا) أي وان لم يكن للبغاة فئة (لا) يتبع يقتل جريحهم ولا يتبع موليهم (ولم تسب ذريتهم) أي ذرية البغاة (و) لكن (تحبس أموالهم) ولا تقسم (حتى يتوبوا) فان تابوا وفاؤا أي رجعوا الى أمر الله تعالى يرد عليهم أموالهم (وان احتاج) أهل العدل الى سلاح أهل البغي وخيلهم (قاتل بسلاحهم وخيلهم) خلافا للشافعي فيهما وان لم يحتاجوا الى ذلك حبس عنهم كسائر الاموال (ويباع الكراع ويحبس ثمنه) (وان قتل باغ مثله) وكان عمدا أو خطأ (فظهر عليهم) أي على أهل البغي أهل العدل (لم يجب) عليه (شئ) أي لا القصاص ولا الدية (وان غلبوا) أي البغاة (على مصر) من امصار أهل العدل (فقتل مصري) عمدا (مثله) أهل العدل (على المصر قتل) القاتل (به) أي بسبب المقتول قصاصا هذا اذا غلبوا ولم يجروا احكامهم حتى أخرجهم امام أهل العدل عن المصر اما اذا أجروا فيه احكامهم لم يجب شئ (وان قتل عادل باغيا أو قتله) أي العادل (باغ) وكان القاتل فيهما وارثا (وقال) الباغي (أنا على حق) أي كنت على الحق حين قتلت وأنا الآن على الحق (ورثه) أي القاتل المقتول في الصورتين

كقتل أهل الحرب فلا يوجب حرمان الارث كما لو قتل مورثه بقودله عليه فان حرمان الارث جزاء قتل محظور وفلا يناط بقتل مباح وأما الثانى فلان الباغى اذا قتل العادل يأثم ولا يضمن عندنا والتأويل الفاسد بمنزلة الصحيح فى حق دفع الضمان اذا ضمت اليه المنعة كتأويل أهل الحرب واذا لم يجب به الضمان لم يجب به الحرمان والارث مستحق بالقرابة درر بيان ذلك ماذكره فى البناية ان الخوارج يستحلون دماء المسلمين بالمعصية صغيرة كانت أو كبيرة لقوله تعالى ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدا فيها وتأويلهم هذا وان كان فاسدا لكن اعتبر فى حق دفع الضمان وقال فى تحفة الفقهاء هذا اذا اتلفوا فى حال المنعة فاما اذا اتلفوا مالهم ونفوسهم قبل ظهور المنعة أو بعد الانهزام فانهم يضمنون لانهم من أهل دار الاسلام انتهى (قوله وان قال أنا على باطل لا) لانه اذا اقر بالبطلان يجب الضمان فيلزم الحرمان درر (قوله وكره بيع السلاح) لانه اعانة على المعصية عينى والظاهر ان البيع ليس بقيد بل كذلك لو وهبه لهم أو أوصى لهم به أو اعارهم أو آجرهم ذلك وهذا وان لم نره منقولا فقواعد المذهب لا تاباه وتعليلهم المسئلة يرشد اليه وعلى هذا لو قال المصنف وكره تمليكه عينا أو منفعة لكان أولى حموى ثم ذكروا ان الحديد لا يجوز بيعه من أهل الحرب وأجازوه من أهل البغى والذى يظهر من الفرق ان اهل البغى لا يتفرغون لاستعمال الحديد سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال بالتوبة أو بتفريق جمعهم بخلاف أهل الحرب زيلعى ثم اعلم ان المصنف سكت عن احكام منها قضاؤهم قال فى البدائع الخوارج لو ولوا قاضيا فان كان باغيا وقضى بقضايا ثم رفعت الى قاضى أهل العدل لا ينفذه الا انه لا يعلم كونها حقا ولو كتب القاضى الباغى الى القاضى العادل كتابا فان علم انه قضى بشهادة أهل العدل نفذه والا فلا وان كان قاضيهم عادلا نفذنا قضاءه لصحة توليته ومنها ان امان الباغى لاهل الحرب صحيح وان غدر بهم البغاة فسبوا لا يحل لاحد من أهل العدل ان يشترى منهم ومنها انه لا يجوز الاستعانة باهل الشرك على اهل البغى بحر ولا يصلى على البغاة بل يكفنون ويدفنون وقتلانا شهداء در فيفعل بهم ما يفعل بالشهداء يكفنون فى ثيابهم ولا يغسلون ويصلى عليهم حموى عن شرح الهداية وظاهر قوله فى الدر ولا يصلى على البغاة انه لا فرق بين ان يكون لهم فئة أم لا وهو الصحيح كما نقله الحموى عن البناية وقوله بل يكفنون يعنى بعد الغسل كما صرح به الحموى عن شرح الهداية للعينى (تنبيه) كل من لا يباح قتله من أهل الحرب لا يباح قتله من أهل البغى الا اذا وجد القتال من العبيد والنسوان والشيوخ فحينئذ يقتلون فى حال القتال وبعد الانهزام لا يباح حموى عن تحفة الفقهاء (تتمة) لصوص غير ممتنعين غلبوا على مدينة وقاتلوا وقتلوا الانفس وأخذوا أموالهم أخذوا بالجميع وكذا اذا خرج جماعة لا منعة لهم حموى عن البناية

(كتاب اللقيط)

من اللقط وهو العثور على شئ مصادفة من حد طلب حموى عن قراحصارى (قوله ان السير شرع لمعنى فى غيره الخ) تقدير ذلك ان السير عبارة عن مقاتلة الكفار وهو ليس مشروعا لذاته لانه اتلاف بل مشروعيته باعتبار ما يترتب على ذلك من اخلاء العالم عن الفساد وكذلك أخذ مال الغير والصبى المنبوذ كل منهما ليس مشروعا لذاته بل باعتبار ما يترتب على ذلك من احياء النفس والمال حموى (قوله وهذا مندوب فى بعض الصور) احترز بهذا عما سيأتى من انه يجب اذا خيف عليه الضياع (قوله وهو فى اللغة) أى أصل اللغة أى فى حقيقة اللغة حموى (قوله ثم غلب على الصبى الخ) أى فى اللغة على طريق المجاز حموى (قوله خوفا من العيلة) بفتح العين وسكون الياء وهى الفاقة شيخنا عن نوح افندى (قوله ووجب الخ) ليس المراد بالوجوب معناه الاصطلاحى والا يشكل بما فى التنوير

(وان قال أنا) أى كنت (على باطل
لا) يرث الباغى هذا عندهما وعند
أبى يوسف لا يرث الباغى فى الوجهين
وهو قول الشافعى (وكره بيع السلاح
من أهل الفتنة) وفى عساكرهم (منهم)
(وان لم يدر انه) اى المشترى
أى من أهل الفتنة (لا) يكره

(كتاب اللقيط)

المناسبة بين الكتابين ان السير شرع
لمعنى فى غيره وهو اخلاء العالم عن الفساد
وأخذ اللقيط واللقطة شرع لاحياء
النفس والمال قال الله تعالى ومن
أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا
الا ان الاول فرض وهذا مندوب فى
بعض الصور فأخر عن الاول وانما سمى
به باعتبار مآله لانه يلقط وهو فى اللغة
ما يلقط أى ما يرفع من الارض فعيل
بمعنى مفعول ثم غلب على الصبى المنبوذ
لانه على عرض ان يلقط وفى الشرع
اسم لمولود حى يطرحه أهله خوفا من
العيلة أو فرارا من تهمة الزنى (ندب
التقاطه) أى ان لم يخف ضياعه
(ووجب

وشرحه من ان التقاطه فرض كفاية لمن غلب على ظنه هلاكه لولم يرفعه ولولم يعلم به غيره ففرض عين ومثله رؤية اعمى يقع فى بئر والا فمندوب انتهى ولهذا فسر فى النهر الوجوب باللزوم (تتمة) الصبي فى الالتقاط كالبالغ والعبد كالحر اشباه ومراده بالصبي العاقل كما هو ظاهر وفيه نظر لما سبق من ان الالتقاط اما ان يكون مندوبا أو واجبا وفعل الصبي لا يتصف بذلك حموى واقول جعل الصبي كالبالغ فى الالتقاط بالنسبة لما يترتب عليه من الاحكام لا من كل وجه يشير الى ذلك قول القهستانى البالغ والصبي سواء فى الضمان بترك الاشهاد (قوله ان خيف الضياع) ليس المراد بالخوف مطلقه بل خوف ارتقى الى غلبة الظن بدليل ما سبق عن التنوير والضياع هو الهلاك نهر عن القاموس (قوله وهو حر) لانه الاصل فى بنى آدم ولان الدار دار الاسلام فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الاصل وهو حر فى جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد ولا يحد قاذف امه لوجود ولد منها لا يعرف له اب عينى وغيره كالدرر وتعقبه عزمى بان الكلام فى تفريع عدم الحد بقذف امه على الحرية وعلى ماذكر تكون المسئلة متفرعة على شئ آخر وهو فوت العفة ولعل الصواب تعليله بما فى الفتح من عدم العلم بحريتها الخ وفيه نظر لانه يقتضى اقامة الحد عليه ان غلبت حريتها وليس كذلك بخلاف التعليل بفوت العفة فانه شامل لما لو علمت حريتها فما ادعاه من التصويب ساقط (تتمة) اطلق المصنف حريته فعم جميع احواله كالشهادة والنكاح والاعتاق والجراحة والحدود ونحوها قهستانى (قوله ونفقته فى بيت المال) روى ذلك عن عمر وعلى لانه عاجز محتاج لا مال له ولا قريب ومال بيت المال معد للصرف الى مثله ولو انفق عليه الملتقط من ماله يكون متبرعا لانه ليس له ولاية الالزام الا ان يأمره القاضى بالانفاق عليه ليرجع على اللقيط بها لان للقاضى ولاية عليه فتكون دينا عليه ولو مات فى صغره رجع فى بيت المال قهستانى ثم مجرد امر القاضى بالانفاق عليه يكفى للرجوع عليه فيما ذكره الطحاوى كما اذا قضى دينا على شخص بأمره وفى الاصح لا يرجع الا اذا صرح بانه ينفق عليه ليرجع لان مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال زيلعى وفى الدر من كتاب الهبة عن الخانية مجرد الامر ببناء داره موجب للرجوع على الآمر وكذا امر الاسير بفدائه يوجب الرجوع عليه انتهى فاذا ادعى الملتقط الانفاق بقول القاضى على ان تكون دينا عليه فكذبه اللقيط لا يرجع الا ببينة بخلاف الوصى اذا انفق على الصغير حيث يصدق فى الانفاق المتعارف ولا يحتاج الى بينة درر وهذا اذا أنفق من مال الصغير اما اذا انفق الوصى عليه من مال نفسه فلا يصدق فى رجوعه الا بالاشهاد شيخ شاهين قال شيخنا وانما شرط الاشهاد لان قول الوصى فى الانفاق يقبل لا فى حق الرجوع بلا اشهاد كذا فى البزازية لكن فى القنية والخلاصة والخانية له ان يرجع وان لم يشهد بخلاف الابوين ولو دفعه الى القاضى فله ان لا يقبل لاحتمال انه ولده دفعه اليه لتكون مؤنته فى بيت المال وان أقام بينة انه لقيط أو علم القاضى فكذلك له ان لا يقبل لانه بالالتقاط التزم حفظه وتربيته ثم أراد ان يعزل نفسه فلا يسمع منه ان شاء كالوصى اذا أراد عزل نفسه بعد موت الموصى عينى ولا يشترط لاقامة الملتقط بينة على الالتقاط حضور خصم درر لانها لكشف الحال شرنبلالية (قوله كارثه) لان الغرم بالغنم درر وفى كلامه ايماء الى ان وليه فى ماله ونفسه انما هو السلطان وبه صرح فى البدائع وولاؤه لبيت المال ولو جعله القاضى للملتقط جاز كذا فى نظم ابن وهبان نعم له بعد بلوغه ان يوالى من شاء الا اذا عقل عنه بيت المال فلا يصح نهر عن الخانية (قوله وجنايته الخ) كما ان ديته لو قتل خطأ لبيت المال وفى العمد للامام القصاص والصلح على الدية وقال أبو يوسف ليس له الا الصلح قهستانى (قوله ولا يأخذه منه احد) لان يده سبقت اليه فكان احق بحفظه ولم يكن لغيره ان ينتزعه منه الا باذنه ولو دفعه هو الى غيره ليس له ان يسترده لانه رضى باسقاط حقه زيلعى واما طرحه بعد التقاطه فينبغى ان يحرم لانه وجب عليه بالتقاطه حفظه فلا يملك رده الى ما كان عليه بحر وهل للامام أخذه بالولاية العامة فى الفتح لا وأقره المصنف تبعا للبحر وحرر فى النهر

ان خيف الضياع وهو حر ونفقته
فى بيت المال كارثه) اى كما
اذا مات وترك مالا وليس له وارث
يوضع ميراثه فى بيت المال (و) كذا
(جنايته) اى عقل جنايته يؤخذ من
بيت المال (ولا يأخذه منه) اى اللقيط
من الملتقط (أحد) هذا اذا لم يدع
نسبه اما اذا ادعى مدع انه ابنه فالقول
قول المدعى ويثبت نسبه منه بدون
الحجة هذا

نعم لكن لا ينبغي أخذه الا بموجب فلو أخذه أحد وخاصمه الاول رده اليه وهذا اذا اتحد الملتقط فلو تعدد
وترجح أحدهما كما لو وجده مسلم وكافر فتنازعا قضى به للمسلم لانه انفع للقيط خانية ولو استويا فالرأى
للقاضى تنوير وشرحه عن البحر (قوله اذا لم يدع الملتقط الخ) يعنى مع الخارج كما فى الزيلعى وسيأتى
فى كلام الشارح مايفيده (قوله فهو أولى من الخارج) وان كان ذميا والآخر مسلما زيلعى (قوله
ويثبت نسبه من واحد) بمجرد دعواه ولو غير الملتقط استحسانا لو حيا والا فبالبينة درعن الخانية ويكون
هو أحق بحفظه من الملتقط على الاصح وقوله والا فبالبينة يشير الى ماهو مصرح به من انه اذا مات عن مال
فادعى نسبه لم يصدق الا ببينة ثم ظهر انه انما ترك التقييد بقوله عن مال ايماء الى ان التقييد به فى
كلام غيره ليس بلازم حتى لو لم يظهر له مال وقت ان ادعى نسبه لم يصدق أيضا الا ببينة لمكان التهمة
اذ يحتمل ان يظهر له مال بعد ذلك (قوله ومن اثنين) عبارة المنية ادعاه اكثر من اثنين فعن الامام
انه الى خمسة ظاهرة فى عدم قبول دعوى الزائد ولا يشترط اتحاد الام نهر لكن فى الدر عن القهستانى
ما يفيد ثبوته من الاكثر فليحرر انتهى قال شيخنا وتحريره بالرجوع الى ما سبق فى الاستيلاد من حكاية
الخلاف فى النهر وغيره انتهى ولو ادعى انه ابنه والآخر انه ابنته فاذا هو خنثى فلو مشكلا قضى لهما
والا فلمن ادعى انه ابنه در وفيه نظر لانه يشترط لثبوت نسبه من المدعى عدم ظهور كذبه كما اذا قال
هو غلام فاذا هو جارية أو قال هو جارية فاذا هو غلام لا يقضى له أصلا كما فى البحر عن الظهيرية فما فى الدر
يحمل على ما اذا ظهرت ذكورته وقوله ومن اثنين انظر هل يكون حكمهما فى الارث منه حكم ارثهما من ولد
الامة المشتركة فيرثان منه ارث أب واحد أولا حموى (قوله ادعياه معا) مقيد بعدم المرجح حتى لو وجد
مع أحدهما قدم فيقدم الملتقط على الخارج ولو ذميا والخارج مسلم والمسلم على الذمى والحر ولو ذميا على
العبد وذو البرهان على غيره وفى المنية لو ادعاه مرتد وذمى قدم المرتد نهر قلت فلو كان فى يد ذمى ومجوسى
ينبغى ان يقدم الذمى حموى ومن ادعى انه من زوجته الحرة على من ادعى انه من الامة زيلعى ومن وافق
سن الصبى تاريخه وان لم يوافق تاريخ واحد قضى به بينهما على الصحيح وفى التتارخانية لو شهد للمسلم ذميان
وللذمى مسلمان قضى به للمسلم نهر (قوله لو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه) لعدم النزاع ولو ادعى
الآخر بعده لا يقبل الا ببينة شرنبلالية ونقل الحموى عن البرجندى عن الذخيرة ما يفيد ان بينة
ذى اليد أولى من بينة الخارج قال قلت يستثنى هذا من القاعدة وهى ان بينة الخارج مقدمة على بينة
ذى اليد انتهى ولو ادعت امرأتان قضى به لهما عند أبى حنيفة وعندهما لا يقضى لواحدة منهما لان ثبوت
النسب منهما متعلق بحقيقة الولادة وهى محال منهما زيلعى وكذا يقضى لهما به لو أقامتا البينة بخلاف
ما لو اقامت احداهما فانها تكون اولى تنوير (قوله والقياس ان لا يقبل) اعلم ان وجه القياس
والاستحسان يختلف باختلاف المدعى فان كان غير الملتقط فوجه القياس ان دعوته تتضمن ابطال حق
الملتقط فى اليد ووجه الاستحسان انه اقرار بما ينفعه فيثبت نسبه ثم من ضرورة ثبوت نسبه ان يكون
هو أحق بحفظ ولده من الاجنبى وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وان كان هو الملتقط فوجه
القياس انه تناقض كلامه بدعواه انه ابنه بعد ما أقر انه لقيط ولانه باقراره يلزم اللقيط حكم النسب
والاقرار على الغير لا يصح ووجه الاستحسان انه أقر على الغير بانه تلزمه نفقته ويجب عليه ان يحفظه
وقد يخفى على الانسان ولده الصغير ثم يعرفه والتناقض فيما يخفى لا يمنع القبول وقيل يقبل قوله
قياسا واستحسانا لانه ليس فيه ابطال يد احد والنسب ينفعه على ما بينا بخلاف دعوة الاجنبى والاصح انه
على القياس والاستحسان كدعوة الاجنبى وان اختلف وجه القياس فيهما كما بيناه زيلعى ومنه يعلم ما وقع
لبعضهم فى هذا المقام حيث اختصر عبارة الزيلعى على وجه لا يفى بالمرام (قوله وان وصف احدهما الخ)
عطف على مضمون الكلام السابق أى يثبت نسبه من اثنين ادعياه ان لم يصف واحد منهما
علامة وان وصف أحدهما الخ حموى عن البرجندى (قوله علامة به) أى بجسده كما قال القدورى

اذا لم يدع الملتقط نسبه فان ادعى نسبه
فهو أولى به من الخارج ان كان الملتقط
رجلا اما ان كانت امرأة فلا يلتفت اليها
(ويثبت نسبه من واحد ومن اثنين)
اى اذا ادعياه معا وانما قيدنا به لانه
لو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه
والقياس ان لا يقبل قوله (وان وصف
أحدهما علامة) كائنة (به) فيما اذا
ادعاه اثنان

وكانه يحترز بذلك عما لو وصف علامة بثوبه نهر ولهذا فسر الحموى العلامة بقوله كشامة وسلعة (تنبيه) قال فى المستصفى العلامة لها أصل فى الشريعة كما فى قوله تعالى ان كان قميصه قدمن قبل فصدقت وهو من الكاذبين واذا اختلط اموات المسلمين باموات الكافرين يعتبر الزى والعلامة والاصل فيه قوله تعالى تعرفهم بسيماهم حموى (قوله فهو أحق) أى صاحب العلامة الموافقة واعلم انها انما تعتبر عند عدم مرجح أقوى منها فيقدم ذو البرهان على ذى العلامة والمسلم على الذمى ذى العلامة وظاهر ما فى الفتح تقديم ذى اليد على الخارج ذى العلامة وينبغى تقديم الحر على العبد ذى العلامة فعلم انها اضعف المرجحات وقيدنا بالموافقة لانه لولم يصب فهو ابنهما وكذا لو اصاب فى البعض فلا ترجيح ويكون ابنهما وكذا لو وصفا ولم يصب واحد منهما يكون ابنهما بحر عن الظهيرية (قوله وهو مسلم) استحسانا لان دعوته تضمنت النسب وهو نفع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار يضره فصحت فيما ينفعه دون ما يضره ولا يلزم من كونه ابناله ان يكون كافرا كما لو اسلمت امه واذا حكمنا بانه مسلم وجب ان ينتزع من يده اذا قارب ان يعقل الاديان الا ان يقيم بينة من المسلمين لامن أهل الذمة انه ابنه فيكون كافرا نهر (قوله اعتبر المكان) اسبقه ولان المسلم لا يضع ولده فى البيعة ولا الكافر فى المساجد زيلعى (قوله اعتبر الواجد) لقوة اليد الا يرى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبى الصبى مع احد أبويه يعتبر كافرا وفى رواية يحكم بزيه فان كان فيه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الكفرة نحو الصليب والزنانير فهو كافر زيلعى (قوله وهو أوفق) لانه انفع له ولان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه زيلعى (قوله وهو حر) واطلاقه يعم ما لو ادعى انه ابنه من زوجته لامة وهذا قول محمد وقال أبو يوسف يكون عبدا لانه يستحيل ان يكون الولد حرا بين رقيقين قلنا لا يستحيل لانه يجوز عتقه قبل الانفصال وبعده فلا تبطل الحرية بالشك زيلعى وهو ظاهر فى اختيار قول محمد على أنه يتصور ان يكون الولد حرا بين رقيقين بلا تحرير ولا وصية بان يكون لحر ولد وهو رق لاجنبى زوجه ابوه أمة له برضاه ولا يكون ولدها حرا لانه ولد ولد المولى نهر عن الفصول وقوله وقال أبو يوسف يكون عبدا أى لمولى الامة حموى عن البرجندى عن قاضيخان (قوله ولا يرق الا ببينة) أقيمت على الملتقط اذا كان اللقيط صغيرا أو على اللقيط أو تصديقه اذا كان كبيرا قهستانى لانه حكم بحريته بالدار فلا يتغير ذلك الا بالحجة ويشترط ان يكون الشهود مسلمين لانه مسلم بالدار وباليد ولا يحكم عليه بشهادة الكافر الا اذا اعتبر كافرا بوجوده فى موضع أهل الذمة والخصم فيه هو الملتقط باعتبار يده عينى قال الحموى لو أبدل المصنف قوله الا ببينة بقوله الا بحجة كما فى النقاية لكان أولى ليشمل ما اذا أقر بعد البلوغ بالرق لغيره وصدقه ذلك الغير وهذا اذا لم تتأكد حريته بقضاء القاضى بما لا يقضى به الا على الاحرار كالحد الكامل أما اذا تأكدت فلا يقبل اقراره بالرق كذا فى الخزانة اه (قوله مشدود عليه) التقييد بالشد كانه جرى على الغالب والا فلو كان فوقه أو تحته ينبغى ان يكون له لانه معه نعم لو كان بقربه لا يكون له كما فى الجوهرة وبه عرف ان الدار التى هو فيها وكذا البستان لا يكون له بالاولى نهر (قوله على دابة هو عليها) يعنى والدابة له نهر عن الخانية (قوله فهو له) اعتبارا للظاهر درر وفيه ان الظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك له بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك وانى أفندى (قوله ولا يصح للملتقط عليه نكاح) لانه يعتمد الولاية من القرابة والملك والسلطنة ولا وجود لواحد منها نهر فينكحه السلطان ومهره فى بيت المال قهستانى (قوله وبيع) أى بيع ماله لان التصرف فى المال لا يجوز الا بكمال الرأى ووفور الشفقة وذلك يوجد فى الاب والجد لا غير ولهذا لا تملكه الام مع انها تملك الانكاح فهذا أولى عينى وهذا صريح فى ان الملتقط لا يملك بيع عرض اللقيط بنفسه وان احتاجه للنفقة بل بأمر القاضى وقد توقف فيه السيد الحموى فقال ينظر حكم ما لو كان مع اللقيط عرض واحتاج الملتقط الى بيعه للانفاق عليه هل له ذلك انتهى (قوله ولا يكون له ان يؤاجره) وهو الصحيح أى ليأخذ الاجرة لنفسه قهستانى لانه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام فانها تملك اتلاف منافعه بالاستخدام والاعارة بلا عوض فتملك

الاجارة

(فهو) أى المدعى الواصف (أحق به و) يثبت نسبه (من ذمى) اذا ادعاه (وهو مسلم ان لم يكن) فى الاستحسان (وهو مسلم ان لم يكن) فى مكان أهل الذمة) وانما اللقيط (فى مكان أهل الذمة) فى قرية من قرى قيدبه لانه لو وجد فى قرية من قرى أهل الذمة أو فى كنيسة أو بيعة ان كان الواجد ذميا ثم ان كان ذميا ان كان الواجد ذميا أو ذميا كان الواجد مسلما أى هذا المكان أو ذميا فى مكان المسلمين اختلفت الروايات فيه ففى رواية كتاب اللقيط فى المبسوط اعتبر المكان دون الواجد وفى كتاب الدعوى فى المبسوط اعتبر الواجد دون المكان وهى رواية محمد بن سماعة عن محمد وفى بعض نسخ دعوى المبسوط اعتبر الاسلام سواء كان فى الواجد أو فى المكان وهو أوفق (و) أى لو ادعى رجل ان اللقيط عبده وهو حر ثبت نسبه (من عبده وهو حر) ولا يرق (الا ببينة) وان وجد معه مال) مشدود عليه وكذا اذا كان مشدودا على دابة هو عليها (فهو له) دون الواجد ثم صرفه الواجد اليه بأمر القاضى وقيل بصرفه بغير أمر القاضى (ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع واجارة) أى لا يكون له عليه ولاية التزويج وبيع ماله ولا يكون له ان يؤاجره

الاجارة بالاولى واذا عرف هذا فولاية التصرف عليه فى نفسه وماله انما هى للسلطان نهر (تنبيه) استخدام اليتيم بلا أجر حرام ولو لاخيه ومعلمه الا لامه وفيما اذا أرسله المعلم لاحضار شريكه شيخنا عن الاشباه من كتاب الحظر (قوله وفى مختصر القدورى له ان يؤاجره) والاول أصح زيلعى وأقول الذى يظهر حمل المنع من اجارته على ما اذا آجره الملتقط لتكون الاجرة لنفسه فلا ينافى ماذكره القدورى لحمله على ما اذا كانت الاجرة للقيط وماسبق عن القهستانى يشير الى ذلك وكذا تعليلهم المنع باتلاف المنافع يشير اليه أيضا فلا خلاف فى الحقيقة (تتمة) بقى من أحكامه ختانه قال فى الخانية ليس للملتقط ذلك فان فعل وهلك ضمن ولو أمر الختان فهلك ضمن أيضا دون الختان هذا اذا لم يعلم بكونه ملتقطا فان علم ضمن كذا فى الذخيرة وفى الفتح لو بلغ فاستدان أو بايع انسانا أو كفل كفالة أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو اعتق ثم اقر انه عبد لزيد لا يصدق فى ابطال شئ من ذلك لانه متهم تنوير وقوله لا يصدق فى ابطال شئ من ذلك الخ ظاهر فى ان عدم تصديقه بالنسبة للاستدانة ونحوها من الاشياء التى ذكرت فلا ينافى انه مصدق بالنسبة لاقراره بانه عبد لزيد اذا صدقه زيد حيث كان ذلك قبل ان تتأكد حريته بقضاء القاضى بما لا يقضى به لا على الاحرار كالحد الكامل كما قدمناه عن النقاية وعلى هذا مالزمه بالاستدانة أو المبايعة يؤخذ به فى الحال ولا يتأخر الى ما بعد العتق كالعبد المأذون (قوله ويسلمه فى حرفة) لانه من باب تثقيفه أى تقويمه وكان ينبغى ان يقال ما قيل فى وصى اليتيم ان علمه العلم أولا فان لم يجد فيه قابلية سلمه لحرفة نهر (قوله وصناعة) عطف تفسير فى البحر والحرفة الصنعة والتثقيف تقويم المعوج ويستعار للتأديب والتهذيب كذا فى النهاية (قوله ويقبض هبته) لانه نفع محض ولذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان مميزا عينى (قوله أى ان وهبه أحد) صوابه واحد لان أحدا لا يستعمل فى الايجاب بخلاف لفظ واحد حموى (تتمة) يستعمل أحد بمعنى الواحد كما فى قوله تعالى قل هو الله أحد وبمعنى انسان نحو وان أحد من المشركين استجارك وبمعنى أول نحو أحد عشر والرابع ان يكون اسما عاما فى جميع من يعقل نحو فما منكم من أحد وهذا هو اللازم للتنكير والنفى (قوله وهو يقبض) الاولى ان يقال يقبضه حموى

(كتاب اللقطة)

هى مثل اللقيط فى الاشتقاق والمعنى اللغوى فان كلا منهما مشتق من الالتقاط وهو الرفع وهى اسم موضوع للمال الملتقط سواء كان بفتح القاف أو سكونها عينى خلافا للزيلعى وشرعا ماذكره الشارح (قوله هى مال يوجد فى الطريق) يحتمل ان يكون التقييد بالطريق للاحتراز عن الدار ويحتمل ان يكون اتفاقيا بيان ذلك فيما نقله السيد الحموى عن قاضيخان حيث قال رجل اشترى دارا فوجد فى جذعها دراهم قال بعضهم هى بمنزلة اللقطة وقال بعضهم يردها على البائع فان لم يقبل البائع يتصدق بها وهذا أصوب انتهى (قوله ولا يعرف له مالك) وليس بمباح كذا فى المضمرات فخرج ما عرف مالكه فانه ليس لقطة بل أمانة بدليل انه لا يعرف بل يرد اليه وباء خير مال الحربى لكن يرد ما كان محرزا بمكان أو حافظ فانه داخل فى التعريف فالاولى ان يقال هى مال معصوم معرض للضياع بحر وماذكره فى النهر رده الحموى وسكت عن صفة رفعها وفى الذخيرة ان خاف الضياع كان فرضا والا كان مباحا واجمع العلماء ان الرفع أفضل وهو مقيد بان يأمن على نفسه ردها نهر وأقول ينبغى ان يقال على قياس ما قيل فى اللقيط ان خاف على اللقطة الضياع ولم يعلم بها أحد غيره يكون الالتقاط فرض عين والا ففرض كفاية حموى ومقتضى القول بافتراض رفعها الضمان لو لم يرفع وضاعت قال فى الدر وظاهر كلام المصنف نعم لما فى الصيرفية رأى حمارا يأكل حنطة انسان فلم يمنعه حتى أكل قال فى البدائع الصحيح انه يضمن انتهى وظاهر كلام النهر عدمه وما فى جامع الفصولين يدل على عدم الافتراض الا ان يقال ان فائدة الافتراض الاثم بالترك

وفى مختصر القدورى له ان يؤاجره وصناعة (ويسلمه فى حرفة) أى ان وهبه أحد (ويقبض هبته) (ويقبض ما وهب له) وهو يقبض *(كتاب اللقطة)* هى مال يوجد فى الطريق ولا يعرف له مالك بعينه سميت بها لانها تلقط غالبا

لا الضمان بحر ثم قال وما في المجتبى التعريف الى ولى الصبي يدل على صحة التقاطه قال السيد الحموي أقول هذا ظاهر في صحة التقاطه اللقطة وأما صحة التقاطه لقيطا فلا يظهر اذ لا ضمان في اللقيط ولا تعريف اللهم الا ان يقال فائدة صحة التقاط اللقيط تظهر في عدم الاخذ من يده لسبقها انتهى وفي البزازية ليس للمولى ان يأخذ وديعة عبده مأذونا أم لا ما لم يحضر و ظهر انه من كسبه لاحتمال ان يكون وديعة الغير في يد العبد فان برهن انه للعبد يدفع اليه فقوله لاحتمال ان يكون وديعة الغير تصريح بأنه أهل للايداع فكذا الالتقاط بجامع الامانة فيهما نهر قال الحموي ولا حاجة الى هذا فقد قال في البناية ولو التقط العبد شيئا بغير اذن مولاه يجوز عندنا وعند مالك وأحمد والشافعي في قول انتهى و ينبغي ان يكون التعريف الى مولاه كالصبي بجامع الحجر فيهما وأما المأذون والمكاتب فالتعريف اليهما واعلم انه ينبغي ان لا يتردد في اشتراط كونه عاقلا صاحيا فلا يصح التقاط المجنون والمدهوش والمعتوه والسكران لعدم الحفظ منهم نهر (قوله لقطة الحل والحرم الخ) فيه ايماء الى ما ذكر في التجنيس مسلم دخل دار الحرب بامان فوجد لقطة ينبغي ان يعرفها كما يعرفها في دار الاسلام لانها لقطة و بعقد الامان التزم ان لا يخون فاذا عرف أحب الى ان يتصدق بها على الفقراء الذين هم في دار الاسلام فان لم يجد فعلى فقراء أهل الحرب انتهى وهو مشكل لانهم قالوا في اللقطة اذا كانت لذمي لا يتصدق بها بل توضع في بيت المال للنوائب لانه ليس من أهل التصدق و يعرف كونها لذمي بأن كانت اللقطة زنارا أو صليبا حموي وعلى هذا فقولهم في اللقطة هي التي لا يعرف لها مالك أي على الخصوص واذا عرف وجوب التعريف على الداخل دارهم بامان اذا وجد شيئا من أموالهم فكذا اذا وجد شيئا من أموالهم ساقطا بدارنا وعلم انه لحربي دخل دارنا بامان أي ولم يعرف عينه بأن دخل دارنا جماعة منهم بأمان فسقط من أحدهم شئ ولا ينافي هذا ما سبق في التعريف من زيادة قيد وليس بمباح للاحتراز عن مال الحربي لحمله على ما اذا كان الواجد متلصصا بأن دخل دارهم بغير أمان بقي ان يقال ما سبق من انه يتصدق بها بعد ان عرفها على الفقراء الذين هم في دار الاسلام صريح في نقلها من دار الحرب الى دار الاسلام وظاهر قوله فان لم يجد الخ أي وان لم يجد في دار الحرب أحدا من فقراء المسلمين فليحرر بمراجعة التجنيس (قوله أمانة) فلا يضمنها الا بالتعدي أو بالمنع بعد الطلب قهستاني لا يقال ينافيه ما سيأتي من قول المصنف فان بين علامتها حل الدفع لانه يفيد انه بالمنع لا يضمن لانا نقول مراده بالطلب بعد ان أثبتها بالبينة (قوله وشهد) يكفيه في الاشهاد ان يقول من رأيتموه ينشد الضالة فدلوه على سواء كانت اللقطة واحدة او اكثر لقوله عليه السلام من وجد لقطة فليشهد ذوى عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها فلا يكتم فهو أحق بها وان لم يجئ صاحبها فهو مال الله يؤتيه من يشاء والاشهاد لنفي التجاحد حتى لو صدقه صاحبها انه أخذها ليردها على صاحبها لا يضمن وان لم يشهد ولو أقر انه أخذها لنفسه ضمن وان لم يشهد عند الالتقاط وادعى انه أخذها للرد وادعى صاحبها انه أخذها لنفسه فالقول لصاحبها و يضمن الملتقط قيمتها عندهما زيلعي والعفاص ككتاب الوعاء فيه النفقة قاموس ونشد الضالة بالفتح ينشدها بالضم نشدة ونشدانا بكسر النون وسكون الشين فيهما أي طلبها وأنشدها عرفها ونشده من باب نصر قال له نشدتك الله أي سألتك به مختار الصحاح (قوله وعند أبي يوسف لا يشترط الاشهاد) لان أخذها لصاحبها حسبة ولنفسه معصية فكان حمل فعله على الصلاح أولى من حمله على الفساد ولان الملتقط منكر والمالك يدعى الضمان فالقول قول المنكر ولهما ان أخذ مال الغير سبب الضمان فيضمن لان الاذن مقيد بالاشهاد ولم يوجد وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله وهو ان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه فصار نظير ما لو أخذ مال الغير وادعى انه وديعة زيلعي وهو ظاهر في ترجيح مذهب الامام ومحمد لكن في النهر قال الطحاوي و بقول أبي يوسف نأخذ وفي الينابيع الاصح ان محمدا مع أبي يوسف والخلاف مقيد بما اذا اتفقا على اللقطة أما لو ادعى المالك انه غصبها وقال انما لتقطتها ضمن اتفاقا و بما اذا أمكنه الاشهاد فان لم يمكنه بأن لم يجد من يشهده فتركه

(لقطة الحل والحرم امانة ان أخذها ليردها على ربها واشهد) على ذلك شاهدين حتى لو هلكت لا يضمن وعند أبي يوسف لا يشترط الاشهاد وان لم يقدر على الاشهاد

لا يضمن اجماعا والقول قوله مع يمينه ان المانع كذا كما فى الفتح وظاهر ما فى النهر يوهم انه اذا لم يجد من
يشهده عند الرفع بأن وجدها فى مفازة فتركه لا ضمان عليه مطلقا وان أمكنه الاشهاد فيما بعد وليس
كذلك بل يلزمه الاشهاد اذا ظفر كما سيأتى فى كلام الشارح (قوله أو اشهد ولم يقدر على اقامته) كذا
فى النسخ التى وقفت عليها والمراد انه أشهد حين الرفع ثم ضاعت منه وظهر صاحبها فعجز الملتقط عن
اقامة البينة الآن انه أشهد وقت رفعها لغيبة الذين أشهدهم أو لموتهم فيصدق انه أشهد بيمينه شيخنا
(قوله حتى لو هلك بعد ذلك لا يضمن) أى بعدما شهد عند الظفر به ومفهومه انه لو تركه بعدما ظفر به
يضمن وهو كذلك ولا ينافيه ما سبق من قوله قبله فترك الاشهاد لا يضمن كما توهمه السيد الحموى لانه
مفروض فيما اذا ترك الاشهاد لعدم من يشهدهم أو لخوف عليها من ظالم يعنى واستمر العذر فلا منافاة
وكذا لا يضمن لو أخذها ليعرفها ثم أعادها الى مكانها سواء كان بعدما تحول من مكانها أو قبله وقيده
الحاكم بما قبل التحول واليه مال الفقيه أبو جعفر حموى عن شرح الشلبى والصحيح عدم الضمان بردها الى
مكانها مطلقا بحر وهذا اذا أخذها ليردها فان أخذها ليأكلها ثم أعاده لا يبرأ عن الضمان ما لم يردها الى
صاحبها شلبى عن قاضيخان (قوله وعرف) بالتشديد (قوله واعلم ان الواو فيه ابتدائية) كذا فى شرح
القراحصارى ونصه على ما نقل عنه الحموى وعرف ابتداء كلام (قوله لا عاطفة على أخذ واشهد)
يعنى لا عاطفة على أخذ على قول ولا على أشهد على قول لكن بقى الكلام فى المانع من صحة العطف
ولم ينبه عليه مع ان الاصل العطف وغاية ما يلزم على العطف ان يكون التعريف شرطا فى كون اللقطة
امانة وقد صرح فى المحيط بانه شرط حموى وعبارة الدرر صريحة فى ان التعريف شرط لصيرورتها
أمانة ونصه فان أشهد عليه وعرف الى ان علم ان صاحبها لا يطلبها أو انها تفسد كانت أمانة انتهى اذا علم
هذا ظهر ان ما ذكره عزمى زاده لا يذهب عليك ان التعريف لا مدخل له فى كون اللقطة امانة وكان
الواجب اسقاطه غير مسلم واعلم ان الاشهاد عند أخذها يغنيه عن التعريف قال فى النهر وعبارة الزيلعى
صريحة فى ذلك حيث قال وعن الحلوانى انه يكفيه الاشهاد انه يأخذها ليردها على صاحبها ويكون ذلك
تعريفا وهو المذكور فى السير الكبير قال فى الخلاصة ويعرفها جهرا لا سرا حيث وجدها الخ وأقول اذا
كان الاشهاد يغنى عن التعريف فما ذكره عزمى مسلم ويؤيده ما ذكره الشارح وغيره كالقراحصارى
حيث جعل قوله وعرف ابتدائيا لا معطوفا على ما قبله ووجهه شيخنا بأن كونها امانة لا يتوقف على
التعريف واعلم ان الحموى أشار بقوله يعنى لا عاطفة على أخذ على قول الى قول من يقول ان المعاطيف
اذا تعددت يعطف كل منها على الاول وهو الراجح وبقوله ولا على أشهد على قول الى قول من يقول يعطف
كل على ما يليه وهذا اذا وقع العطف بحرف غير مرتب كالواو فلو بحرف مرتب كالفاء وثم كان كل معطوفا
على ما يليه بالاتفاق (قوله الى ان علم) أى غلب على ظنه ان ربها لا يطلبها هذا هو الصحيح كما فى المجمع
وفى المضمرات وعليه الفتوى نهر وصورة التعريف ان يقول انى وجدت لقطة لا أدرى مالكها فليأت
مالكها وليصفها الا ردها عليه حموى قال السرخسى حكى ان بعض العلماء ببلخ وجد لقطة وكان محتاجا
اليها وقد قال فى نفسه لا بد من تعريفها ولو عرفتها فى المصر ربما يظهر صاحبها فخرج عن المصر حتى انتهى
الى رأس بئر فدلى رأسه فى البئر وجعل يقول وجدت كذا فمن سمعتموه ينشد ذلك فدلوه على فاذا
بصاحبها تحت البئر فتعلق به حتى اخذها قال عليه السلام لا يكثر همك ما ترزق يأتيك بحر (قوله
كالنوى وقشور الرمان الخ) يعنى المنبوذ لا المجموع شرنبلالية (قوله ونحوهما) كحطب يوجد فى الماء
ولا قيمة له درر وفى الشرنبلالية ويحل أخذ التفاح والكمثرى من الانهار وكذا ما يبقى من الثمار الواقعة
تحت الاشجار فى غير الامصار على المختار (فرع مهم) أخذ مكعبه ووجد غيره فى مكانه لا يملكه ويصير
كاللقطة فى الحكم انتهى (قوله فان وجده صاحبه فى يده بعدما جمعها فهو أحق بها) وكذا اذا جز صوف
شاة ميتة ملقاة كان له ان ينتفع به ولو وجده صاحب الشاة فى يده كان له ان يأخذه منه وكذا اذا دبغ

أو أشهد ولم يقدر على اقامته أو خاف
انه لو اشهد عليه أخذه ظالم منه فترك
الاشهاد لا يضمن ثم شهد اذا ظفر
بمن يشهده حتى لو هلك بعد ذلك
لا يضمن (وعرف) فى موضع أصابها
وفى مجامع الناس وأبواب المساجد
وفى الاسواق والشوارع واعلم ان
الواو فيه ابتدائية لا عاطفة على أخذ
واشهد (الى ان علم ان ربها لا يطلبها)
بعد ذلك ان كانت شيئا يبقى فاما
ان كانت شيئا لا يبقى الى يوم
أو يومان عرفها الى ان يخاف ان
تفسد ثم تصدق بها ان كان غنيا
أو يأكلها ان كان فقيرا وقدره محمد
فى الاصل بالحول من غير تفصيل
بين القليل والكثير وهو قول مالك
والشافعى وما روى محمد عن أبى
حنيفة انها اذا كانت عشرة دراهم
فصاعدا عرفها حولا وان كانت أقل
من عشرة دراهم عرفها بحسب
ما يرى فليس بتقدير لازم ثم ما يجده
الانسان فهو نوعان نوع منهما يعلم
ان صاحبه لا يطلبه كالنوى وقشور
الرمان ونحوهما والحكم فيه ان له ان
يأخذه وينتفع به فان وجده صاحبه
فى يده بعدما جمعها فهو أحق بها ونوع
منهما يعلم ان صاحبه يطلبه فعليه
ان يحفظه ويعرفه ويوصله الى
صاحبه على ما ذكر فى الكتاب فقوله
اللقطة أمانة

جلدها ولكن يعطيه مازاد الدباغ لان ملكه لا يزول بالالقاء حموى عن البناية ونقل عن البرجندى مانصه وذكر شيخ الاسلام انه ليس للمالك أخذ ما جمعه من قشور الرمان ونحوه كالنوى ويصير ملكا للآخذ وكذا الجواب فى التقاط السنابل وبه كان يفتى الصدر الشهيد ذكره فى الذخيرة وان وجد جوزة بعد جوزة حتى بلغت عشرا وصار لها قيمة فان وجدها فى موضع واحد وجب ان يعرفها وكذا لو فى مواضع متفرقة على المختار انتهى (قوله يريد به النوع الثانى) واما النوع الاول فيجوز له ان ينتفع به بلا تعريف فلو عرفه كان ورعا باردا يستحق بفعله التعزير حموى (قوله ثم تصدق) باللقطة اذا لم يجئ صاحبها بعد التعريف لان الواجب عليه حفظها واداؤها الى أهلها قال تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وذلك بالتسليم اليه عند القدرة وبالتصدق عند عدمها اذ يصال عوضها وهو الثواب كايصال عينها وان شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها روى عن ابن مسعود انه اشترى جارية فذهب البائع فتصدق عنه بثمنها زيلعى (قوله نفذ) ولو بعد هلاك العين لان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلم يتوقف على قيام المحل والظاهر انها لو كانت لصبى فليس للاب والوصى تنفيذ الصدقة نهر وكذا لو كانت لوقف لم يكن للناظر التنفيذ حموى وفى الوهبانية الصبى كالبالغ فيضمن ان لم يشهد ثم لابيه أو وصيه التصدق وضمانها فى مالهما لا مال الصغير در وقوله وضمانها فى مالهما يعنى اذا ظهر المالك بعد التصدق (قوله أو ضمن الملتقط) لانه تصرف فى ماله بغير اذنه واباحة تصرفه من جهة الشرع لا ينافى الضمان حقا للعبد كتناوله مال الغير حالة المخمصة وأطلقه فشمل القاضى أيضا ومن ثم كان الاصح انه لا فرق فى تضمينه بين ان يكون بأمر القاضى أولا لان أمره لا يزيد على تصدقه بنفسه نهر لا يقال هذا يرد نقضا على عموم قولهم ان القضاة لا يلحقهم عهدة الضمان لانا نقول ذلك بالنسبة لما يكون القاضى فيه ملزما بفتح الزاى اذ لا يسعه تأخير الحكم بعد استيفاء شرائطه حتى قالوا انه يأثم ويفسق ويستحق العزل فاذا تبين خطأه لم يضمن بخلاف ما هنا فانه غير ملزم (قوله أو المسكين) لانه أخذ ماله بغير اذنه ولا يرجع المسكين على الملتقط بما لحقه من الضمان لانه عامل لنفسه ولا الملتقط يرجع على الفقير لانه ملكه بالضمان فظهر انه تصدق بملك نفسه نوح أفندى (قوله فالترك أفضل) لقوله عليه الصلاة والسلام لما سئل عن ضالة الابل مالك ولها دعوها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها ولنا انه مال يتوهم ضياعه فيستحب اخذه ليرده على صاحبه والحديث محمول على انه كان فى ديارهم اذ كان لا يخاف عليها من شئ ونحن نقول فى مثله يتركها اذ لا فائدة فى التقاطها فى مثل هذه الحالة عينى قال الازهرى الضالة لا تقع الا على الحيوان يقال ضل البعير والانسان وغيرهما من الحيوان وهو الصواب واما الامتعة فتسمى لقطة لا ضالة (تتمة) الحذاء النعل والسقاء القربة والمراد بها مشافرها وبالاول قوائمها بحر فتحصل من قول المصنف وصح التقاط البهيمة وكلام الازهرى وقوع كل من اللقطة والضالة على الحيوان فعلى هذا تكون اللقطة أعم من الضالة لاطلاق اللقطة على غير الحيوان بخلاف الضالة حيث لا تطلق الا على الحيوان فقط (قوله وهو متبرع فى الانفاق الخ) لانه لا ولاية له فى الايجاب على ذمتهما فصار كما اذا قضى دين غيره بغير أمر المدين عينى وقوله متبرع أى محسن يقال برع الرجل بالضم اذا فضل على أقرانه ومنه قيل للتفضل متبرع حموى (قوله اذا كبر) من باب تعب اعلم ان اللقيط بعد البلوغ اذا صدق الملتقط انه أنفق بأمر القاضى ليرجع رجع وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة لا ما ادعاه ابن الملك من انه اذا لم يأمره بالانفاق فادعاه بعد بلوغه وصدقه اللقيط نهر والحاصل انه لا يرجع وان صدقه الا اذا كان فى نفس الامر قد انفق بأمر القاضى ليرجع خلافا لابن الملك (قوله ولو أنفق عليها) صوابه عليهما حموى (قوله باذن القاضى) ولا يأمره بالانفاق حتى يقيم البينة انها لقطة فى الصحيح لانه يحتمل أن يكون غصبا فى يده فيحتال لايجاب النفقة على صاحبها وهذه البينة ليست للقضاء بل لينكشف الحال فتقبل مع غيبة صاحبها وان عجز عن اقامة البينة يأمره بالانفاق عليها

مقيدا

يريد به النوع الثانى (ثم تصدق فان جاء ربها) بعدما تصدق بها فهو على الخيار ان شاء (نفذ أو ضمن الملتقط) أو المسكين ان كانت هالكة وان كانت قائمة أخذها (وصح التقاط البهيمة) مطلقا سواء كانت بعيرا أو بقرا أو فرسا أو شاة وقال مالك والشافعى اذا وجد البعير والبقر والفرس فى الصحراء فالترك أفضل وان وجد فيها الشاة التقطها (وهو) أى الملتقط (متبرع فى الانفاق على اللقيط واللقطة) بغير اذن الحاكم ولا يرجع به على اللقيط اذا كبر ولا على رب اللقطة ولا يكون له ان يمنعها من ربها لاجل ما أنفق (و) لو أنفق عليهما (باذن القاضى

مقيدا بأن يقول بين جماعة من الثقات ان هذا ادعى ان هذه لقطة ولا أدرى أهو صادق أو كاذب وطلب ان آمره بالانفاق عليها فاشهدوا انى أمرته بالانفاق ان كان الامر كما يقول وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينبغى للحاكم ان يحلفه ونظيره مالو باع عبدا فغاب المشترى ولم يجده وطلب من الحاكم ان يباع ويوفى دينه من ثمنه لا يجيبه حتى يقيم البينة فان عجز أجابه على نحو ماذكرنا فى اللقطة وقوله وباذن القاضى تكون دينا يشير الى ان النفقة تكون دينا بمجرد اذنه وليس كذلك فى الاصح لان مطلقه قد يكون للترغيب وللشورة أو للالزام فلا يرجع بالاحتمال فلا بد من اشتراط الرجوع عليه كما ذكرنا فى اللقيط وانما يأمره بالانفاق عليها يومين أو ثلاثة بقدر ما يقع عنده انه لو كان المالك حاضرا لظهر زيلعى وقوله فى النهر صورة اذنه ان يقول له أنفق على ان ترجع وان لم يقل ذلك لا تكون دينا فى الاصح وبه اندفع قول الزيلعى ان هذا يشير الى انها تصير دينا بمجرد أمره وليس كذلك فى الاصح تعقبه السيد الحموى بقوله لا كلام ان عبارة المصنف تفيد انها تصير دينا فى ذمته بمجرد الامر واما كونه الاصح فلم يدعه الزيلعى حتى يدفع (قوله تكون دينا عليه) أى على اللقيط اذا بلغ ولم يدع أحد نسبه أو رقه فان ادعاه أحد كانت دينا عليه أى على المدعى وهو الاب أو السيد نهر وقوله أو رقه يحمل على ما اذا أقام البينة انه عبده أو صدقه اللقيط لما سبق فى المتن من انه لا يرق الا ببينة وتقدم ان الاولى ابدال قوله الا ببينة بقوله الا بحجة كما فى النقاية ليشمل ما لو أقر بالرق لغيره وصدقه ذلك الغير بقى ان يقال تقييده فى النقاية اقراره بالرق بما اذا كان بعد البلوغ هل هو قيد احترازى أم لا (قوله فيرجع على اللقيط) قدمنا عن القهستانى انه اذا مات فى صغره رجع على بيت المال (قوله ولو كان لها نفع أجرها وأنفق عليها) اعلم ان المصنف وكذا الشراح أطلقوا هذه المسئلة وقيدها فى الدرر بقوله وأنفق عليها منه يومين أو ثلاثة وتعقبه شيخنا بقوله لا موقع لهذا أى للتقييد بقوله يومين أو ثلاثة هنا لان نفقته من أجرته فلا تستأصله والعلة والمعلل له قاضيان بذلك نعم لو ذكره بعد قوله وما لا نفع له كالشاة اذن القاضى بالانفاق يومين الخ لكان متجها لان دوام النفقة حينئذ يستأصله قال ثم رأيت الموافقة لشيخ شيخنا يعنى الشرنبلالى واعلم انه اختلف فى الآبق هل يؤجر كالضال أولا ففى الهداية والكافى نعم قال فى الدرر ولم أجده فى غيرهما بل وجدت فى المحيط والبدائع والخلاصة خلافه حيث قالوا لا يجوز اجارة الآبق لاحتمال ان يأبق ووفق بحمل ما فى الهداية والكافى على ما اذا كان المستأجر ذا قوة ومنعة لا يخاف عليه عنده وما فى غيرهما على خلافه أو يحمل كلامهما على الايجار مع اعلام المستأجر بحاله ليحفظ غاية الحفظ وما فى غيرهما على الايجار مع جهله بحاله شرنبلالية عن المقدسى قال فى البحر ولم أر ما لو صار اللقيط مميزا ولا مال له هل يؤجره القاضى للنفقة أولا نهر واستظهر الحموى انه ليس له ذلك لان القاضى لا يملك اتلاف منافع الصغير كالعم وانما ذلك للاب والام انتهى وأقول اذا جاز للملتقط ان يؤجره لتكون الاجرة للقيط كما يستفاد مما سبق عن القهستانى حيث قال وليس له ان يؤجره ليأخذ الاجرة لنفسه فكذا القاضى وتعليلهم المنع باتلاف المنافع يشير الى ماذكره القهستانى من التقييد (قوله أجرها القاضى) ولو حكما اذا أذن الملتقط ان يؤجر شيخنا عن القهستانى ومحصل كلام القهستانى ان اسناد الاجارة للقاضى اما لانه هو الذى باشر عقد الاجارة أو لانه اذن الملتقط بها فاسنادها اليه بالنسبة للوجه الاول حقيقى وبالنسبة للوجه الثانى حكمى (قوله وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها) بأن انفق يومين أو ثلاثة ولم يظهر المالك (قوله باعها القاضى) هذا الاطلاق قيده فى البدائع بما اذا أقام البينة على الالتقاط نهر واذا بيعت أخذ الملتقط ما أنفق باذن القاضى وقدمنا عن الخلاصة ان البيع نافذ من القاضى موقوف من غيره على اجازته وبيع الملتقط باذن القاضى كبيع القاضى بحر وهو ظاهر فى ان المالك لو حضر لم يكن له نقض البيع وانما له الثمن على انه فى التتارخانية ذكر ان المولى لو قال هو مدبر أو مكاتب لا يصدق فى نقض البيع واستشكله فى البحر بأنه لو باع بنفسه ثم قال هو مدبر أو مكاتب أو أم ولد وبرهن قبل كما فى الفتح معللا بأن التناقض فى دعوى

تكون) النفقة (دينا عليه) وعلى صاحبها فيرجع على اللقيط اذا كبر وعلى رب اللقطة اذا جاء (ولو كان لها نفع أجرها) القاضى (وانفق عليها والا) أى وان لم يكن لها نفع (وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها) (باعها) القاضى وأمر بحفظ الثمن

الحرية وفروعها لا عتق قال السيد الحموي فيحمل ما في التتارخانية على ما اذا لم يبرهن واعلم انه ليس في رد اللقطة والضالة شيء لانه متبرع فان أعطاه المالك شيئا فحسن بخلاف الآبق وعن الكرخي اذا قال من وجدها فله كذا فله أجر مثله حموي عن قراحصاري والحاصل انه اذا اشترط شيئا للراد وكان معلوما كقوله لشخص معين قد ضاع لي شيء فان رددته علي فلك كذا كان له المشروط وان كان مجهولا كقوله من رده فله كذا لا يستحق المشروط بل أجر المثل لانه كاجارة فاسدة در (قوله ومنعها من ربها حتى يأخذ النفقة) لا فرق في جواز منعها للنفقة بين ان يكون الملتقط أنفق من ماله أو استدان بأمر القاضي ليرجع على صاحبها وقياس ما مر في النفقة ان له ان يحيل على ربها بغير رضاه كالزوجة اذا استدانت بالامر والقاضي يبيعها و يعطي النفقة من ثمنها اذا حضر ربها وامتنع من دفعها كما في الحاوي ولا يسقط دين النفقة بهلاكها في يد الملتقط قبل الحبس و بعده يسقط كالرهن ولم يحك المصنف في الكافي تبعا للهداية فيه خلافا فيفهم انه المذهب وجعل القدوري في تقريبه هذا قول زفر وعند أصحابنا لا يسقط لو هلك بعده وعزاه في الينابيع الى علمائنا الثلاثة نهر لكن نقل شيخنا عن فتاوى الشيخ قاسم ان القدوري علله بما بيناه في الرهن فقال قال أصحابنا لو انفق على اللقطة بأمر القاضي وحبسها بالنفقة وهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا تناولها عقد يوجب الضمان قلت الاول للمبيع قبل القبض والثاني للاجرة في الاجارة التي فيها عمل والثالث للرهن فانه عقد يوجب الضمان وبالقيد الاخير خرج الجواب عن قياس زفر على المرتهن وتعقب بأنه ان خرج الجواب بما ذكر عن قياسه بالرهن لا يخرج الجواب عن قياسه بجعل الآبق وقد ذكره في الهداية ونص انه اليه أقرب وفي الشرنبلالية عن المقدسي يحتمل ان يكون في المسئلة روايتان (قوله ولا يدفعها الى مدعيها) جبرا عليه نهر (قوله بلا بينة) لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على من ادعى عيني (قوله أو شبه الدابة) أي لونها حموي (قوله ان كانت دابة) غير محتاج اليه حموي (قوله واسمه) في بعض النسخ ووسمه بالواو حموي (قوله حل الدفع) ولو صدقه حل أيضا ثم قيل لا يجبر وقيل يجبر واذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وأقام آخر بينة انها له فان قائمة أخذها وان هالكة ضمن أيهما شاء فان ضمن القابض لا يرجع على أحد أو الملتقط فكذلك في رواية وفي أخرى يرجع وهو الصحيح لانه وان صدقه الا انه بالقضاء عليه صار مكذبا شرعا فبطل اقراره نهر عن الفتح وفيه عن النهاية لو دفع ببرهان فأقام آخر بينة انها له لا يضمن وله أخذ الكفيل لاحتمال ان يقيم غيره بينة انها له اما اذا دفعها بالبرهان فلا يأخذ في الاصح ولو ادعياها وبينا علامة موافقة قال في البحر لم أره و ينبغي ان يحل له الدفع لهما ونظر فيه السيد الحموي باحتمال ان أحدهما عرف العلامة من صاحبها أو رآها عنده (قوله وقال مالك والشافعي يجبر) لما روى مسلم من قوله عليه الصلاة والسلام فان جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها وعددها فأعطها اياه والا فهي لك وهذا امر وهو للوجوب ولنا انه مدع وعليه البينة لما روينا والعلامة لا تدل على الملك ولا على اليد لان الانسان قد يقف على مال غيره و يخفى عليه مال نفسه فلا عبرة بها وما رواه محمول على الجواز توفيقا بين الاخبار عيني (قوله و ينتفع بها) لو فقيرا و اذا باذن القاضي عند الاكثر وقيل بدونه شرنبلالية عن البرهان ثم لو أصاب مالا لا يجب عليه ان يتصدق على الفقراء بمثل ما أنفق على نفسه وهو المختار نهر عن الولوالجية فان قلت ما ذكره الولوالجي من عدم لزوم التصدق بمثل ما أنفق على نفسه في المختار مخالف لما نقله البرجندي عن الظهيرية من وجوب ذلك عليه في المختار ونصه اذا باع الملتقط اللقطة باذن القاضي وهو فقير وأنفق الثمن على نفسه ثم أصاب مالا لا يجب عليه ان يتصدق على الفقراء بمثله وهو المختار لانه وضعه في موضعه انتهى قلت لا مخالفة بينهما خلافا لما توهمه السيد الحموي وقوله يجب صوابه لا يجب بدليل التعليل الذي ذكره (قوله لو فقيرا) أطلق في عدم الانتفاع للغني فشمل القرض ولهذا قال في الفتح وليس للملتقط اذا كان غنيا ان يتملكها بطريق القرض الا باذن الامام وان كان فقيرا فله ان يصرفها الى نفسه صدقة

لا قرضا

(ومنعها) أي الملتقط اللقطة (من ربها حتى يأخذ النفقة ولا يدفعها الى مدعيها بلا بينة فان بين علامتها) بأن سمى وزن الدراهم وعددها ووعاءها ووكاءها أو شبه الدابة وسنها ان كانت دابة أو حلية العبد واسمه وجنسه وسنه (حل الدفع) اليه (بلا جبر) من القاضي وقال مالك والشافعي يجبر (و ينتفع بها) ان كان الملتقط (فقيرا والا) أي وان لم يكن فقيرا

لا قرضا بحر (قوله تصدق الخ) الا ان يعلم انها لذمي فتوضع في بيت المال كما قدمناه (قوله وولده) أطلقه فشمل الصغير وينبغي تقييده بأن يكون الملتقط فقيرا بحر وأقول هذا سهو بل المراد به الكبير اذ موضوع المسئلة ما اذا كان الملتقط غنيا وله ابن فقير وهذا لا يتأتى في الصغير فكيف يشمله الاطلاق نهر وتبعه الحموي ووجه عدم الشمول ان ابن الغني الصغير يعد غنيا بغنى أبيه بخلاف ابنه الكبير حيث لا يعد غنيا بغنى أبيه وأقول تسمية صاحب البحر انما تتجه ان لو كان تصدق الملتقط بها على غيره ينحصر فيما لو كان غنيا مع انه لا ينحصر اذ للفقير ان يتصدق بها أيضا كالغني وان جاز له ان يصرفها الى نفسه لفقره فما ادعاه في البحر من شمول الولد الصغير ويحمل على ما اذا كان الملتقط فقيرا لما قدمناه من أن الصغير يعد غنيا بغنى ابيه صحيح وكون موضوع المسئلة ما اذا كان الملتقط غنيا لا يقدح في صحة ما ذكره في البحر (تتمة) مات في البادية جاز لرفيقه بيع متاعه ومركبه وحمل ثمنه الى اهله ولو لم يعرف وارثه فتركته كاللقطة ما لم تكن كثيرا فلبيت المال بعد الفحص عن ورثته سنين فان لم يجدهم فله لو مصرفا له برج حمام اختلط به اهلي بغيره لا ينبغي له ان يأخذه وان أخذه طلب صاحبه ليرده عليه لانه كاللقطة فان افرخ عنده فان كانت الام غريبة لا يتعرض لفرخها لانه ملك الغير وان الام لصاحب البرج والغريب ذكرا فالفرخ له ولو لم يعلم ان برجه غريبا لا شئ عليه ان شاء الله واذ لم يملك الفرخ فان فقيرا اكله وان غنيا تصدق به ثم اشتراه وهكذا كان يفعل الامام الحلواني تنوير وشرحه

(كتاب الآبق)

الاباق مصدر أبق كضرب هذا هو الاكثر كما في المصباح وفي القاموس أبق العبد كسمع وضرب ومنع ابقا ويحرك واباقا ككتاب ذهب بلا خوف ولا كد عمل أو استخفى وعرفه في العناية والشارح كما سيأتي بأنه الهارب من مالكه قصدا وفيه ان الهرب لا يتحقق الا بالقصد وايضا لا يلزم ان يكون الهرب من المالك ومن ثم عرفه في الاصلاح بانه انطلاق الرقيق تمردا ليدخل ما لو هرب من المستأجر أو المستعير أو المودع أو وصيه نهر واقره الحموي واقول ذكر القصد تصريح بما علم التزاما من ذكر الهرب ولا بدع فيه على ان دلالة الالتزام لا يكتفى بها في التعاريف على ما عرف في موضعه وأما قوله من مالكه أي ولو حكما فلا يرد عليه ما لو هرب من المستأجر ونحوه اذ يده كيده (قوله من حيث ان فيهما احياء المال) هذا ظاهر بالنسبة الى القن اما بالنسبة للمدبر المطلق وام الولد فليس بظاهر حموي وفيه نظر لانه لم يثبت لهما بالتدبير والاستيلاد الاحق الحرية فقط اما حقيقتها فتتوقف على موت المولى وثبوت حق الحرية لا ينافي بقاء المالية الا ترى الى ما علل به في النهر قول المصنف وام الولد والمدبر كالقن حيث قال لانه احياء ماليتهما ولهذا استحق الجعل بردهما ثم رايت بخط شيخنا معزيا للعناية انه اجاب بما حاصله ان عدم تمول ام الولد عند الامام باعتبار رقبتها ولها مالية باعتبار كسبها لانه أي المولى احق بكسبها وقد احيا الراد ذلك بردها انتهى بتصرف (قوله فر من مالكه) حقيقة كان أو حكما كما سبق فلا يرد عليه شئ خلافا لما ذكره السيد الحموي تبعا للنهر (قوله قصدا) احترز به عن الضال وهو المملوك الذي ضل عن الطريق الى منزله من غير قصد ورده في النهر عن الفتح بان الفرار لا يتحقق الا مع القصد وقد علمت جوابه (قوله اخذه احب) ان قوي عليه ما لم يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم يأخذه مع قدرته عليه فيجب اخذه وما في البحر من انه يفترض فسهو نهر لكن ما ذكره في البحر جرى عليه في التنوير ونصه اخذه فرض ان خاف ضياعه الخ (قوله وافضل من تركه) هذا ان أمن على نفسه واخذه ليرده على المولى والا فيحرم بأن اخذه لنفسه وكذا اذا خاف على نفسه يستحب تركه بحر (قوله وقيل تركه أولى) لانه لا يبرح مكانه فيلقاه مولاه ووجه الاول احتمال الضياع ففي أخذه احياؤه درر وقوله لا يبرح مكانه اي بقصد الهرب ومحل الخلاف ما ذا لم يعلم

(تصدق على اجنبي وصح على أبويه وزوجته وولده لو) كانوا (فقراء) *(كتاب الآبق)* تناسب الكتابين من حيث ان فيهما احياء المال بعد ما صار على عرض الزوال وهو مملوك فر من مالكه قصدا (اخذه احب) وافضل من تركه (ان قوي) اي قدر (عليه) واخذ الضال كذلك وقيل تركه أولى والضال هو الذي ضل الطريق الى منزل مالكه

واجد الضال مولاه ولا مكانه اما اذا علمه فلا ينبغي ان يختلف في افضلية اخذه ورده نهر عن الفتح وفيه عن الحلواني انه بالخيار ان شاء اتى بالآبق للامام ليحبسه حفظا له عن اباقه وان شاء امسكه الى مجيء المولى قال الحموي وأما السرخسي فاختار ان يأتي به للسلطان اونائبه او القاضي لانه لا يقدر على حفظه لتمرده وكذا الاختلاف في الضال والضالة كما في البرجندي انتهى لكن جزم في البحر بأن الضال لا يحبس وليس المراد حبسه ابتداء بل اذا رفعه الى القاضي ونحوه لا يقبله الا ببينة ثم يحبسه شرنبلالية عن التبيين فان طالت مدة مجيء المولى باعه القاضي ولو مع العلم بمكانه لئلا يتضرر المولى بكثرة النفقة وحفظ ثمنه لصاحبه وان جاء المولى بعده وبرهن اوعلم دفع باقي الثمن اليه ولا يملك المولى نقض بيعه الا اذا برهن انه مدبرا ومكاتب أو أم ولد اوكان عنده ولد منها نهر ولو انكر المولى اباقه مخافة جعله حلف الا ان يبرهن على اباقه وعلى اقرار المولى بذلك تنوير وشرحه عن الزيلعي واعلم ان بيعه خوف كثرة النفقة ظاهر على ما قدمناه من ان الآبق لا يؤجر خوف اباقه اما على ماسبق في كتاب اللقطة عن الهداية والكافي من انه يؤجر فلا (تتمة) مدة حبسه مقدرة بستة اشهر ونفقته فيها من بيت المال ثم بعدها يبيعه القاضي در وقدمنا ما يفيد الرجوع على المولى بمؤنة النفقة فيقتطع ذلك من ثمنه ويدفع له الباقي فقولهم نفقته في بيت المال اي قرضا (قوله ومن رده الخ) عم كلامه مالو اعتقه المولى لانه يصير قابضا بالاعتاق ومالو باعه من الراد لسلامة البدل له وأطلق في الراد فعم الحر والعبد والبالغ والصبي والجعل للمولى ومااذا رده بنفسه او بنائبه ولو تعدد الراد كان الجعل بين الكل أو المردود عليه كان الجعل بقدر النصيب فلو غاب البعض ليس للحاضر أخذه حتى يعطى تمام الجعل ولا يكون متبرعا بالزائد بل يرجع به لانه مضطر اليه او المردود بان رد امة مع ولدها الذي يعقل الاباق تعدد الجعل واعتبار كونه يعقل الاباق اولى من اعتبار كونه قارب الحلم لانه ليس بقيد نهر وان كان وارثا ينظر ان اخذه بعد الموت لا يستحق شيئا وان أخذه في حياته ثم مات يستحق الجعل في حصة غيره عندهما خلافا لابي يوسف عيني ابو يوسف يقول ان وجوب الجعل يضاف الى التسليم لا الى الاخذ ووقت التسليم هو مشترك بينه وبين غيره فيكون عاملا لنفسه وهما يقولان ان الوجوب يضاف الى العمل لان الاجرة تستحق بالعمل واعلم انه يستثنى من هذا العموم مالو رده السلطان او الشحنة او الخفير اومن يعول اليتيم أو الوصي أو من استعان به المولى أو أحد الزوجين أو الولد وان لم يكن في عياله وأما الاب وباقي الاقارب فان كانوا في عيال المالك لا يجب والا وجب قال في النهر والعذر للمصنف انه لم يستوف جميع الاحكام على انه مامن عام الا وخص وقد يقال ان العادة جرت بالرد ممن ذكر تبرعا فلذلك ابقى المصنف من على عمومها للعلم بالتخصيص من جاري العادة فلم يتناولهم اطلاق الكتاب حموي عن قراحصاري (قوله من مدة سفر) هي ثلاثة ايام والتقييد بها للاحتراز عن الاقل فانه يرضخ له او يجب له من الاربعين بحسابه على ماسيأتي لا الزيادة اذ لا يزاد له في الجعل بزيادة المدة على الثلاث (قوله اربعون درهما) ولا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط بحر (قوله وفي القياس لا جعل له) لانه متبرع بمنافعه فأشبه رد العبد الضال ولنا ان رجلا قدم بآبق من الفتوم فقال القوم لقد اصاب أجرا فقال عبد الله بن مسعود وجعلا والصحابة اتفقوا على وجوب الجعل وان اختلفوا في مقداره فعن ابن مسعود انه اوجب اربعين وعمر دينارا او اثني عشر درهما وعلى دينارا أو عشرة دراهم وعن عمار بن ياسر ان رده في المصر فعشرة وان خارج المصر فاربعون فيحمل الكل على السماع لان الرأي لا مدخل له فيه ثم يحمل قول من قال بالاربعين على مسافة السفر ومادونه مادونها توفيقا وتلفيقا عيني وقوله من الفتوم قال الشيخ شاهين الذي وجدته بخط الشيخ المقدسي في ابن الهمام بالياء وهو المناسب فقد تتبعت بعض كتب اللغة فلم اجد لفظة فتوم كالقاموس واضرابه (قوله ولو كانت قيمته اقل) لان هذا تقدير الشرع فلا يحط منه لنقصان القيمة كصدقة الفطر لا يحط منها لو كانت قيمة الرأس انقص من صدقة فطره عيني (قوله وقال محمد يقضى له بقيمته الا درهما) لان وجوبه ثبت احياء

لحقوق

(ومن رده من مدة سفر) الى مولاه (فله اربعون درهما) مطلقا سواء شرط اولم يشرط وفي القياس لا جعل له الا بشرط وهو قول الشافعي هذا اذا لم يعده الاعانة حتى اذا قال المالك لآخر قد ابق عبدي ان وجدته فخذه فقال نعم فوجده وجاء به الى مولاه ولا جعل له لان المالك استعان به وهو قدر على الاعانة كذا في الخلاصة (ولو كانت قيمته اقل منه) وهو قول ابي يوسف وقال محمد يقضى له بقيمته الا درهما (ومن رده لاقل منها

لحقوق الناس ونظرا لهم وليس من النظر ايجاب اربعين لردمن لا يساوى ذلك عينى وذكر القدورى وغيره قول الامام مع محمد نهر فكان هو المذهب بحر وظاهر كلام الدر يفيد ترجيح قول ابى يوسف (قوله فبحسابه) لان العوض يوزع على المعوض ضرورة المقابلة وذكر فى الاصل انه يرضخ له اذا وجده فى المصر أو خارج المصر وعن ابى حنيفة انه لا شئ له فى المصر ثم ان اتفقا على الرضخ فلا كلام وان اختلفا فالامام يقدره عينى وغيره كالزيلعى ومنه يعلم مافى كلام الشارح حيث قال وحسابه قد يكون بتصالحهما الخ بناء على ما فهمه من ان قول المصنف فبحسابه يمكن ان يتمشى على هذه الاقوال التى أشار اليها الشارح وليس كذلك بل هو نص فى الاخير وهو قوله وقد يكون بتوزيع الاربعين الخ (قوله وقد يكون برأى الحاكم) هو الصحيح وعليه الفتوى بحر واعلم ان تفويض تقديره لرأى الحاكم محله ما اذا لم يتفقا على شئ كما قدمناه عن العينى (قوله والمدبر وأم الولد كالقن) لانه احياء ماليتهما له اما باعتبار الرقبة كما فى المدبر او باعتبار الكسب كما فى ام الولد وهذا الاطلاق قيده الزيلعى تبعا للهداية بما اذا ردهما فى حياة المولى أما بعد موته فلا جعل له لان أم الولد تعتق بالموت وكذا المدبر ان خرج من الثلث وان لم يخرج فكذلك عندهما وعند الامام هو كالمكاتب ولا جعل فيه نهر قال الحموى الاولى فى التعليل ان يقال لانه احياء ملكه فيهما ونقل عن البرجندى معزيا للملتقط انه لا جعل برد المدبر انتهى ومقتضاه ان أم الولد كذلك (تتمة) مات المولى بعد الرد وعليه ديون قدم الجعل على سائر الغرماء وقسم الباقى نهر (قوله وان أبق من الراد) أى ممن يريد الرد فلو رده بعد اباقه آخر ان كان الثانى أخذه من المصر فلا جعل له نهر وهذا انما يتخرج على ما روى عن الامام من انه اذا رده من المصر لا شئ له وهو خلاف ما ذكره فى الاصل من انه يرضخ له كما قدمناه عن العينى وذكر فى النهر انه الاصح قال ومقتضى ما فى الكتاب انه يستحق بحسابه أيضا وجعل العبد الموصى بخدمته لانسان وبرقبته لآخر على صاحب الخدمة فى الحال فاذا مضت المدة رجع على صاحب الرقبة ويباع العبد به نهر واذا أبق العبد من اله فجاء به رجل وقال لم أجد معه شيئا فالقول قوله ولا شئ عليه ولا يكون وصول يده على العبد دليلا على وصول يده الى المال بحر عن الظهيرية (قوله لا يضمن) لانه امانة ولا جعل له نهر حتى لو استعمله فى حاجة نفسه ثم أبق ضمن وفى الوهبانية لو أنكر المولى اباقه قبل قوله بيمينه ويلزم مريد الرد قيمته ما لم يبين اباقه درأى يبرهن على اباقه او على اقرار المولى بذلك زيلعى (قوله هذا اذا اشهد الخ) أو محمول على انه لم يتمكن من الاشهاد والقول له فى ذلك نهر عن التتارخانية (قوله فالاشهاد عليه حتم عند أبى حنيفة ومحمد) حتى لو تركه يكون ضامنا ولا يستحق الجعل اذا رده عندهما وعند أبى يوسف لا يضمن ويستحق الجعل اذا رده وقدم الاصل فى كتاب اللقطة عينى هو انه عندهما أقر أخذه بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وعند أبى يوسف هو أمين والقول قوله (قوله حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ الخ) أى مع التمكن حتى لو ترك الاشهاد لعدم التمكن منه لم يكن مانعا من وجوب الجعل اذا وجد الرد ولا موجبا للضمان عليه عند عدم الرد بالاتفاق بان أبق من يده او مات ولهذا قال فى التنوير وشرحه وضمن لو ابق أو مات قبله مع تمكنه منه لانه غاصب ولا جعل له فى الوجهين خلافا للثانى فى الثانى لان الاشهاد عنده ليس بشرط فيه وفى اللقطة انتهى والحاصل ان ثمرة الاختلاف فى كون الاشهاد مع التمكن هل هو شرط ام لا تظهر فى الضمان بتركه وفى استحقاق الجعل برده فعند أبى يوسف لا يضمن اذا ترك الاشهاد واذا رده استحق الجعل خلافا لهما واعلم ان المراد بالوجه الثانى فى قول التنوير وضمن لو ابق قبله أى قبل الاشهاد ولا جعل له فى الوجهين ما لو رده مع ترك الاشهاد دل على ذلك قول شارحه خلافا للثانى فى الثانى الخ والا فهذا الوجه لم يسبق له ذكر فى المتن (قوله وقت الاخذ) كذا قيده به فى البحر والزيلعى أيضا عقب قول المصنف وان ابق من الراد لا يضمن ومقتضى التقييد به انه لو ترك الاشهاد وقت الاخذ ثم وجد منه فيما بعد لا ينتفى عنه الضمان لكن ذكر فى التنوير الاشهاد ولم يقيده بوقت الاخذ فليحرر ثم ظهر ان ما فى التنوير من ذكر الاشهاد غير مقيد بوقت

فبحسابه) وحسابه قد يكون بتصالحهما وقد يكون برأى الحاكم وقد يكون بتوزيع الاربعين على الايام الثلاثة فان جاء به من مسيرة يوم فله ثلث الاربعين وان جاء به من مسيرة يومين فله ثلثا الاربعين على هذا (والمدبر وأم الولد كالقن) فى وجوب الجعل التام (وان ابق من الراد لا يضمن) الراد هذا اذا اشهد على انه أخذه ليرده على المالك (ويشهد) أى وعليه أن يشهد (انه اخذه ليرده) فالاشهاد عليه حتم عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما

الاخذ يشير الى ما في البحر عن الفتح في شرح قول المصنف وعرف الى ان يعلم ان ربها الخ حيث قال وفي الفتح لا يلزم الاشهاد وقت الاخذ بل لابد منه قبل هلاكها ليعرف انه اخذها ليردها لا لنفسه انتهى ولا مانع من ان صاحب التنوير يقول حيث كان الاشهاد وقت الاخذ ليس بشرط بل في اللقطة وانما الشرط وجود الاشهاد قبل هلاكها بناء على ما ذكره في الفتح فكذا في الآبق لكن قال في البحر وهو أي ما ذكره في الفتح غير صحيح لان الاشهاد لا بد منه على قول الامام عند الاخذ باتفاق المشايخ وانما اختلفوا هل ينفي هذا الاشهاد عند الاخذ عن التعريف بعده اولا ولم يقل أحد ان التعريف يكفي عن الاشهاد وقت الاخذ (قوله أي لو أبق العبد المرهون فرده) في حياة الراهن او بعد موته (قوله والباقي على الراهن) كثمن الادوية والفداء من الجناية ينقسمان على المضمون والامانة (قوله وأمر نفقته كاللقطة) هذه الجملة ساقطة من المتن في بعض نسخ هذا الشرح حموي (تتمة) جعل العبد الجاني على المولى ان اختار الفداء وان اختار دفعه بالجناية فعلى ولي الجناية عيني وهذا اذا جنى قبل اخذه أما لو جنى في يده خطأ او عمدا فلا جعل على احد نهر وجعل المغصوب على الغاصب قال في النهر و ينبغي ان لا يرجع به على المالك كما قال بعضهم

(كتاب المفقود)

وهو مشتق من الفقد قال في القاموس فقده يفقده فقدا وفقدانا وفقودا عدمه فهو فقيد ومفقود اهـ وقال في الصحاح فقدت الشئ أفقده فقدا وفقدانا وتفقدته أي طلبته عند غيبته اهـ فالمفقود في كلام صاحب القاموس بمعنى المعدوم وعلى كلام صاحب الصحاح بمعنى المطلوب ولهذا قال في النهاية انه في اللغة من الاضداد تقول فقدت الشئ أي اضللته وفقدته أي طلبته وكلا المعنيين يتحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه نوح أفندي وأنت خبير بان الطلب ليس ضد الاضلال الا ان يكون اطلاق الضد توسعا بناء على ان الطلب سبب للوجدان فأقيم مقامه نهر عن الحواشي السعدية (قوله ثم المفقود الخ) مقصوده من هذا بيان الفرق بين المفقود والآبق حموي ووجهه ان الآبق خفي الاثر مطلقا نظرا الى اول حاله وما آله بخلاف المفقود لان الفقد طرأ عليه بعد ان خرج مسافرا الى مكان معلوم وهذا معنى كونه موجودا نظرا الى أول حاله لكن هذا لا يطرد في كل مفقود فالفرق بينهما باعتبار ان الغالب في المفقود ان يكون الفقد طارئا عليه (قوله خفي الاثر) كان الظاهر ان يقال معدوم الاثر لكن لا يلائم قوله كالميت فتأمل حموي ووجه الظهور أن الموجود يقابله المعدوم ووجه عدم الملائمة ان التشبيه بينه وبين الميت مشعر بالمغايرة وان اشتركا في وجه الشبه فلهذا كان الملائم للتشبيه هو التعبير بخفي الاثر الصادق بالموجود في نفس الامر ولا كذلك المعدوم (قوله وحكمه شرعا انه حي الخ) أي حكمه باعتبار أول حاله لا مطلقا حموي (قوله في حق نفسه) ميت في حق غيره فلا يرث من احد مات في حال فقده مالم تعلم حياته في الوقت الذي مات فيه مورثه لان جعله حيا باعتبار استصحاب الحال وهو حجة دافعة لاستحقاق الغير ماله فلا يقسم ماله ولا تنكح عرسه لا مثبتة لاستحقاقه مال غيره لكونه حجة ضعيفة (قوله حتى لا تنكح عرسه) ولا اختها من زوجها قهستاني اى لو كان المفقود امرأة والعرس بالكسر امرأة الرجل والجمع اعراس مختار (قوله غائب) أي بعيد عن اهله ولم يذكر الغائبة لانه من الاحكام المشتركة وليس بتغليب كما ظن والا كان مجازا بلا قرينة قهستاني (قوله لم يدر موضعه) اذ العلم بالمكان ولو بعد يستلزم العلم بهما غالبا فدخل من اسره العدو ولم تعلم حياته نهر عن المحيط وضمير التثنية في بهما يعود على الحياة والموت (قوله من يأخذ حقه) يعني يقبض غلاته التي أقر بها غرماؤه لانه من باب الحفظ ولا يخاصم في دين لم يقر به الغريم ولا في نصيب له في عقار أو عرض في يد غيره لانه ليس بمالك ولا نائب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه من تضمن الحكم

على

(وجعل الرهن) أي لو أبق العبد المرهون فرده فالجعل (على المرتهن) هذا اذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه فان كانت أكثر منه فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن (وأمر نفقته كاللقطة)

(كتاب المفقود) تناسب الكتابين من حيث ان كلا منهما غائب لم يدر أثره ثم المفقود موجود نظرا الى أول حاله خفي الاثر نظرا الى ما له كالميت وحكمه شرعا انه حي في حق نفسه حتى لا تنكح عرسه (هو) ولا يقسم ماله ولا تفسخ اجارته (وهو غائب لم يدر موضعه وحياته وموته) وينصب القاضي من يأخذ حقه

على الغائب وانما الخلاف المعروف بين الاصحاب فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك الخصومة ام لا فعند أبي حنيفة يملك وعندهما لا يملك فان رآى القاضي سماع البينة وحكم بذلك لم ينفذ حكمه حتى ينفذه حاكم آخر زيلعي وهو مخالف لما في الهداية من انه اذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه انتهى ووجه المخالفة عدم الحاجة للتنفيذ من حاكم آخر على ما في الهداية وعلى ما ذكره الزيلعي لا ينفذ الا اذا نفذه حاكم آخر قال العلامة عزمي زاده وما ذكره الزيلعي لا ينبغي ان يعول عليه وتعقبه شيخنا بان الذي ذكره الزيلعي بالقبول والتعويل عليه جدير كيف لا وكلامه هنا وافق المنقول فيما سيأتي من كتاب القضاء ونصه واما ان يكون الخلاف في نفس القضاء ففيه روايتان في رواية لا ينفذ ذكره لخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فاذا قضى حينئذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب او قضى الفاسق او المحدود لا ينفذ الا اذا رفع الى حاكم آخر فقضى بصحة حكمه فحينئذ يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف في نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد محله انتهى وتبعه الكمال بن الهمام مخالفا للهداية وصاحب البحر والشيخ عمر ايضا لكن نقل الكمال هنا عن الخلاصة ان الفتوى على ان المجتهد فيه سماع البينة على غائب فينفذ ولهذا قال في البحر فقد اختلف الترجيح والحاصل كما ذكره في البحر هنا ان في نفاذ القضاء على الغائب روايتين صححوا في باب المفقود رواية النفاذ وفي كتاب القضاء رواية عدمه كذا حرره شيخنا رحمه الله تعالى وبهذا التقرير يعلم ما وقع في كلام بعضهم حيث عزا للزيلعي انه يقول بان القضاء على الغائب ممن يراه يجوز مطلقا بانه فصل مجتهد فيه وليس كذلك وعذره انه لم يستوعب كلام الزيلعي بتمامه لان كلامه صريح في عدم النفاذ الا اذا نفذه قاض آخر (تنبيه) نقل شيخنا عن ارملى على المنهاج بهامش نسخة الزيلعي عند قوله وانما الخلاف المعروف بين الاصحاب الخ ما نصه المراد بالصحبة هنا الاجتماع في اتباع الامام المجتهد فيما يراه من الاحكام مجازا عن الاجتماع في العشرة ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه العلم بين اهل العلم رحم متصلة انتهى (قوله ويحفظ ماله) ويبيع القاضي ما يخاف فساده ويحفظ ثمنه قلت لكن في معروضات المفتي ابي السعود القضاة وامناء بيت المال في زماننا مأمورون بالبيع مطلقا وان لم يخف فساده فان ظهر حيا فله الثمن واذا بيع بغبن فاحش فله فسخه در وظاهر كلام الزيلعي يقتضي انه يتولى البيع بنفسه والمذكور في الهداية ان الذي يبيعه انما هو القاضي نهر واقول يمكن حمل ما في الزيلعي على ما اذا كان البيع باذن القاضي فتزول المخالفة (قوله وينفق منه) اى من ماله والمراد به الدراهم والدنانير وثمن ما يخاف فساده قهستاني لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة والقضاء على الغائب لا يجوز والتبر بمنزلتهما وهذا اذا كان في يد القاضي واذا كان وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمدين مقرين بالوديعة والدين والنسب والنكاح اذا لم يكن ذلك ظاهرا عند القاضي وان كان احدهما غير ظاهر شرط الاقرار به (قوله كالابوين الخ) ولم يشترط الفقر في الاصول استغناء بما مر في النفقات واراد بالفروع الصغار والزمنى من الذكور والكبار الفقراء لان وجوب النفقة لهؤلاء لا يتوقف على القضاء فكان اعانة لهم بخلاف غير الولاد من الاخ ونحوه فان وجوبها عليه يتوقف على القضاء فكان قضاء على الغائب وهو لا يجوز نهر وقوله واراد بالفروع الخ اى باعتبار انفهامهم من قوله ولادا فكانه قد صرح بذكرهم ولو قال واراد الفروع الخ لكان اولى وقوله من الذكور الكبار الفقراء يحترز به عن الاناث الكبار حيث لا يشترط فيهن الزمانة لان صفة الانوثة عجز (قوله فلا ينصب القاضي) فيه نظر اذ هو وكيل بحفظ المال لا يملك قبض ديونه التي اقر بها غرماؤه ولا غلاته وحينئذ فيحتاج الى النصب نهر واقول اذا كان وكيلا مطلقا ما المانع من قبضه ديونه التي اقر بها غرماؤه وغلاته حموي (قوله يفرق بعد مضي اربع سنين الخ) وبه قال الشافعي في قول

ويحفظ ماله ويقوم عليه وينفق منه
على قريبه ولادا) أى من جهة الولاد
كالابوين والاجداد والجدات والاولاد
وأولاد الاولاد (و) على (زوجته
فان كان المفقود نصب في حال
حضرته فيما يقوم على ماله ويحفظه
حال غيبته فلا ينصب القاضي (ولا
يفرق) القاضي (بينه) أي بين المفقود
(وبينها) أي وبين زوجته مطلقا
خلافا لمالك فان عنده يفرق بعد مضي
اربع سنين ان طلبت وتعتد عدة
الوفاة

واحمد في رواية لان عمر فعل ذلك في الذي استهوته الجن في المدينة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وعمر رضي الله عنه رجع عن هذا عيني قال القهستاني لو افتى بقول مالك في موضع الضرورة ينبغي ان لا بأس به اهـ (قوله وحكم بموته الخ) ثم طريق موته اما بالبينة أو موت الاقران وطريق قبول هذه البينة ان يجعل القاضي من في يده المال خصما عنه او ينصب عليه قيما تقبل عليه البينة نهر عن التتارخانية وظاهر القهستاني يفيد جواز اقامة البينة على الوكيل من جهة المفقود بان وكله قبل فقده قال في الدر وفي واقعات المفتين لقدري افندي معزيا للقنية انه انما يحكم بموته بالقضاء لانه امر محتمل فما لم ينضم اليه القضاء لا يكون حجة وهذا مستفاد من قول الشارح وحكم القاضي ثم رأيت القهستاني ذكر بعد قول المتن و بعدها يحكم بموته ما نصه وفيه دلالة على انه يحكم بموته بمجرد انقضاء المدة فلا يتوقف على قضاء القاضي كما قال شرف الائمة وغيره وقال نجم الائمة يتوقف الخ ولم يذكر ترجيحا وكلام قدري افندي وكذا الشارح يفيد ترجيح التوقف على القضاء لجزمه به (تتمة) ادعى انسان على المفقود ان عنده حقا من دين أو وديعة او شركة او مطالبة باستحقاق لم يلتفت الى دعواه لان الدعوى انما تسمع على الخصم والورثة انما تصير خصما بعد موت المورث ولم يظهر موته فان رأى القاضي سماع البينة وحكم بذلك نفذ حكمه لكونه مجتهدا فيه حموي عن الولوالجية (قوله تسعين سنة) من يوم ولد وعليه الفتوى وفي الهداية وهو الارفق نهر وقال المتأخرون من مشايخنا انها ستون سنة رفقا بالناس ودفعا للحرج عيني (قوله بموت اقرانه) أي من اهل بلده وقيل من جميع البلدان قال خواهر زاده والاول اصح قال السرخسي وهذا اليق بالفقه لان نصب المقادير بالرأي لا يجوز غير ان الغالب ان الانسان لا يعيش بعد موت اقرانه وانت خبير بان التفحص عن موت الاقران غير ممكن أو فيه حرج فعن هذا اختار المشايخ تقديره بالسن ثم اختلفوا نهر وفي التبيين والمختار انه يفوض الى رأي الامام لانه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الاشخاص فان الملك العظيم اذا انقطع خبره يغلب على الظن في ادنى مدة انه مات لا سيما اذا دخل في مهلكة وما كان سبب اختلاف الناس في مدته الا الاختلاف آرائهم فيه فلا معنى لتقديره انتهى (قوله وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة) وفي التتارخانية عن الحاوي وبه نأخذ وفيها عن التهذيب الفتوى على تقديره بثمانين سنة قال في الفتح والاحسن عندي التقدير بسبعين لخبر اعمار امتي ما بين الستين الى السبعين نهر والحاصل ان كلا من الاقوال مرجح ما عدا رواية المائة والعشرين فاني لم أر من رجحها (قوله تعتد امرأته عدة الوفاة) باربعة اشهر وعشر او شهرين وخمس أو وضع حمل قهستاني (قوله فيرد على ورثة صاحب المال) وكذا اذا أوصى له يوقف الموصى به الى أن يحكم بموته فاذا حكم بموته يرد المال الموصى به الى ورثة الموصي زيلعي (قوله فلو كان مع المفقود وارث يحجب به الخ) اعلم انه يستثنى من هذا ما لو كان المفقود مرتدا لما في الظهيرية على ما نقله الحموي عن البرجندي من انه اذا مات مورث المرتد المفقود يقسم ميراثه ولم يوقف للمفقود شيء لانه محروم عن الميراث واسلامه بعد الردة موهوم اهـ (قوله لم يعط شيئا) كذا في أكثر النسخ وهو ظاهر وفي بعضها بالرفع ووجهه انه حذف المفعول الاول وهو الوارث واقام الثاني وهو شيء مقام الفاعل واصل الكلام لم يعط القاضي الوارث شيئا حموي (قوله ويوقف الباقي) ولا ينتزع ممن هو في يده ولو اجنبيا (قوله بيانه الخ) لم يمثل الشارح لما اذا انتقص نصيب الورثة على تقدير حياة المفقود وقد مثل له الشراح بما اذا تركت زوجا وأما واختا لابوين وأخا كذلك مفقودا كان للام السدس بتقدير الحياة والربع بتقدير الموت وللزوج النصف بتقدير الحياة وبتقدير الوفاة الربع والثمن وكذا للاخت بتقدير الوفاة ولها التسع بتقدير الحياة فيعطى لكل منهم الاقل ويوقف الباقي (قوله لحجبه بالمفقود) حيث تصادقوا على الفقد فان لم يتصادقوا بل قال من في يده المال انه مات كان للبنتين الثلثان ويبقى الثلث الباقي في يد من كان المال في يده فان برهن اولاد الابن على الموت كان لهم الثلث نهر (فرع) ليس للقاضي تزويج أمة الغائب والمجنون وعبدهما وله ان يكاتبهما ويبيعهما در (تتمة)

(وحكم) القاضي (بموته بعد تسعين سنة) من يوم ولد وعليه الفتوى وفي ظاهر الرواية تقدير بموت أقرانه فان لم يبق أحد من أقرانه حيا حكم بموته وروى الحسن عن أبي حنيفة بعد مائة وعشرين سنة وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة (و) اذا حكم بموته (تعتد امرأته) عدة الوفاة من وقت الحكم بموته (وورث) ماله (منه حينئذ لا قبله) أي قسم ماله بين ورثته الموجودين في وقت الحكم كأنه مات في ذلك الوقت ومن مات قبله لا يرث منه (ولا يرث) المفقود (من أحد) مات في حال فقده يعني لا يصير نصيب المفقود من الميراث ملكا له ولكن يوقف نصيبه من ارث من مات حال غيبته فان ظهر حيا علم انه كان وارثا يوم مات مورثه فالموقوف له وان لم يظهر حتى حكم بموته فالموقوف يرد على ورثة صاحب المال (فلو كان مع المفقود وارث يحجب به) أي بالمفقود حجب الحرمان (لم يعط شيئا) فان انتقص حقه به) أي حق الوارث الذي يحجب بالمفقود (يعط أقل النصيبين ويوقف الباقي كالحمل) بيانه رجل مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن يعطى البنتان النصف و يوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لحجبه بالمفقود ونظيره الحمل فانه يوقف له نصيب ابن واحد باختيار الفتوى ولو كان معه وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لم يعط شيئا وان كان ممن يتغير به يعط أقل النصيبين كما في المفقود

المفقود اذا عاد حكمه حكم المرتد اذا عاد الى الاسلام ان وجد شيئا فى يد الورثة اخذه والا فلا شيخ شاهين وترد اليه الزوجة لانه ظهر فساد نكاحها وهذا مما الاخلاف فيه واختلفوا فى الاولاد والصحيح انهم للثانى

(كتاب الشركة)

بكسر الشين واسكان الراء فى المعروف وثك فتحها مع كسر الراء وسكونها ومنه وما لهم فيهما من شرك والجمع اشراك وشركاء نهر والضمير فى وما لهم للآلهة الباطلة وقوله فيهما أى فى السموات والارض كذا بخط شيخنا ثم الشركة ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى فهم شركاء فى الثلث و بقوله عليه السلام قال الله انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خانا خرجت من بينهما وبالاجماع فان الائمة رضى الله تعالى عنهم اجمعوا على جوازها وبالمعقول فانها طريق لابتغاء الفضل وهو مشروع بقوله تعالى ابتغوا بأموالكم حموى عن البناية وروى ان السائب قال للنبى عليه السلام كنت شريكى فى الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارينى ولا تمارينى وقوله لا تدارينى اى لا تدافع عند الحق وقوله ولا تمارينى اى لا تجادلنى شيخنا عن الاختيار ومداراة الناس بهمز ولا يهمز وهى المداجاة والملاينة صحاح وقال قبله والمداجاة المداراة يقال داجيته اذا داريته كأنك ساترته العداوة وقال بعده وماريت الرجل اماريه مراء اذا جادلته (قوله من حيث ان كلا منهما سبب للخلط) يعنى من حيث ان قريب المفقود لو مات كان فيه اختلاط مال المفقود الحاصل من الارث بمال غيره من الوارث على تقدير الحياة حموى عن النهاية وذكرها بعد المفقود لمناسبة خاصة هى انها قد تتحقق فى ماله كما لو مات مورثه وله وارث آخر نهر ولان للمفقود مناسبة خاصة بالاباق من حيث شمول عرضية التوى فيهما وقول العلامة الحموى وقدم المفقود لان له مناسبة خاصة الخ لو أبدله بقوله وذكر المفقود عقب الاباق الخ لكان اولى (قوله وهى عبارة عن اختلاط النصيبين الخ) هذا معناها لغة وقوله ثم يطلق هذا الاسم على العقد هو تفسيرها شرعا فالمعنى الشرعى اخص من اللغوى اذ لا يشترط لغة لاختلاط النصيبين فصاعدا عقد شيخنا وقوله عن اختلاط النصيبين فيه تسامح اذ الاختلاط للمال والشركة التى هى مصدر انما هى الخلط نهر ولهذا قال الحموى الاولى ابدال الاختلاط بالخلط الخ ومعنى فيه تسامح أى تساهل بحر وبهذا عرف ان ركنها فى العقد اللفظ المفيد له وفى العينى الاختلاط وشرط جوازها كون الواحد قابلا للشركة وحكمها صيرورة المجتمع من النصيبين مشتركا وفى شركة العقد صيرورة المعقود عليه أو ما يستفاد به مشتركا بينهما وأشار فى النهر بقوله أو ما يستفاد به الى الجواب عما عساه ان يقال شركة العقد تشمل شركة الوجوه مع ان المعقود عليه لا وجود له عند الشركة (قوله اذ العقد سبب له) هذا هو القرينة على ان المراد من قوله ثم يطلق هذا الاسم على العقد اى العقد مجازا لكونه سببا له ثم صارت حقيقة عرفية درر والاضافة فى قولنا شركة العقد بيانية نهر (قوله شركة الملك الخ) اعلم ان المهايأة فى المنافع المشتركة عقد جائز استحسانا لانه قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبهت القسمة ولهذا يجرى فيها جبر القاضى كما يجرى فى القسمة الا ان القسمة اقوى منها فى استكمال المنفعة لانها جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ثم المهايأة ليست اجارة ولا عارية لانها لا تبطل بالموت وهما يبطلان به ويجوز لاحد الشريكين نقضها اذا التمس القسمة وليس لنا عقد لازم يجوز فسخه بالتماس عقد آخر الا المهايأة فان احدهما اذا طلب القسمة قسم الحاكم بينهما وفسخ المهايأة لان القسمة هى الاصل بدلالة ان احدهما لو طلب القسمة فى الابتداء وطلب الآخر المهايأة لم يهايأ بينهما وقال الشافعى المهايأة عقد فاسد ولنا قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذه مهايأة فى الشرب ثم المهايأة على ثلاثة اوجه احدها مهايأة فى شئ يستحق بالقسمة ولا يختلف باختلاف المستعمل وهى صحيحة كدار بين رجلين تهايآ على ان يسكن كل واحد بعضا

* (كتاب الشركة) *
تناسب الكتابين من حيث ان كلا منهما
سبب الخلط وهى عبارة عن اختلاط
النصيبين فصاعدا بحيث لا يفرق
أحد النصيبين من الآخر ثم يطلق
هذا الاسم على العقد أى عقد الشركة
وان لم يوجد اختلاط النصيبين اذ العقد
سبب له وهى ضربان شركة الملك
وشركة العقد (شركة الملك

منها لان قسمة الاصل تجوز على هذا الوجه والمنفعة غير مختلفة فجازت المهايأة سواء ذكر للمهايأة مدة اولم يذكر لانها عقد قسمة فلا تفتقر الى التوقيت ولكل منهما ان يستغل ما أصابه بالمهايأة لان المهايأة قسمة المنافع فقد ملك كل منهما ما أصابه من المنافع فجاز ان يستغلها ويأخذ العوض سواء اشترط ذلك فى عقد المهايأة ام لا على الظاهر وقيل لا يجوز الاستغلال الا بالشرط فان تهايآ على ان يأخذ احدهما العلو والآخر السفل جاز لان قسمة الاصل تجوز على هذا الوجه ولو تهايآ فى بيت صغير على ان يقدم احدهما فى الانتفاع جاز وهذه المهايأة فى معنى العارية لان قسمة الاصل على هذا الوجه لا تجوز لانه تمليك موقت فكذا قسمة المنافع فيحمل على ان كل واحد منهما أباح لصاحبه الانتفاع فى تلك المدة ولهذا قالوا لو شرطا الاستغلال لم يجز كما لا يجوز للمستعير الاجارة فاذا استغل كل منهما باذن شريكه فكانه وكله بالاجارة فان استويا فى الاستغلال كان ذلك قصاصا وان استغل احدهما اكثر رد نصف الفضل ولا كذلك الدار فاذا استغل احدهما اكثر سلمت له الزيادة لانه ملك المنفعة ولا يلزمه رد شئ الوجه الثانى مهايأة فى منافع شئ لا يستحق بقسمة الاصل الا انها غير مختلفة كالعبدين على ان يخدم احدهما أحد المولين والآخر المولى الآخر وهذا ظاهر على قولهما بجواز قسمة الرقيق والامام وان لم يقل به الا انه قال فى المنافع يجوز لانها جنس واحد غير مختلف فصار كمنفعة الدارين الوجه الثالث مهايأة فى منافع مختلفة كالدابتين اذا تهايآ فى ركوبهما فأخذ احدهما دابة ليركبها والآخر الاخرى ليركبها لا يصح لاختلاف منفعة الدواب فان شرط فيها الاستغلال فعند أبى حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز وهو ظاهر لان قسمة الاصل تجوز على هذا الوجه فكذا المنفعة وقياس قول الامام بجواز المهايأة فى العبدين مع انه لا يقول بجواز قسمتهما أن يكون جواز المهايأة عنده فى الدابتين اولى اذ لا خلاف له فى جواز قسمتهما الا انه قال منافع الدواب مختلفة بدلالة ان من استأجر دابة ليركبها لم يجز له أن يؤجرها فاذا اختلفت المنفعة لم تصح المهايأة ولا كذلك منفعة العبدين والدارين لانها غير مختلفة بدلالة ان من استأجر عبدا يخدمه أو دارا يسكنها جاز له ان يؤجرهما وعلى هذا الخلاف اذا تهايآ فى دابة واحدة فعند ابى حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز بخلاف العبد الواحد لان الاستعمال يتفاوت بحذق الراكب والخدمة لا تتفاوت لان العبد يخدم باختياره فلا يتحمل ما لا يطيقه ولا كذلك الدابة فان تهايآ على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا بخلاف الكسوة لان التفاوت فى الطعام لا يعتد به فى العادة لقلته فسومح فيه وفى القياس يكون الطعام عليهما لجهالته وفى الكسوة يكثر التفاوت فلا يسامح فيها عادة فبقيت على القياس (تتمة) تهايآ فى نخل او شجر على أن يأخذ كل واحد جانبا ليستثمره او كان المشترك غنما فتهايآ على ان ينتفع كل بلبن جانب منها لم يجز لان المهايأة تختص بالمنافع ضرورة انها لا تبقى فتتعذر قسمتها وهذه اعيان يرد عليها القسمة عند حصولها ولان ما يحصل من الاولاد والالبان يتفاوت والاعيان لا تجوز قسمتها الا بالتعديل وهذا خلاصة ما أطال به فى السراج الوهاج وقد عقد للمهايأة كتابا مستقلا قبيل كتاب الاكراه وقد استفيد من كلامه ان احد الشريكين اذا طلب المهايأة يقضى بها جبرا ولا يتوقف على رضا الثانى ما لم يطلب القسمة وكان مما يقسم واذا عرف هذا فى الملك المشترك ففى الوقف بالاولى لعدم جواز القسمة فيه فلا فرق فى المشترك بين الملك والوقف من هذه الحيثية وان فرق بينهما من جهة نقض المهايأة فى الملك عند طلب القسمة لا فى الوقف وكذا يفرق بينهما من جهة اجر المثل فيما اذا اسكنه احدهما بدون اذن الآخر ولم يبق له ما يمكنه السكنى فيه وسيأتى بيانه فى كتاب الوقف (قوله ان يملك اثنان) معا أو متعاقبا كما لو اشترى شيئا ثم اشترك فيه آخر حموى عن المنية (قوله عينا الخ) التقييد بالعين يخرج الدين مع ان بعضهم عده من شركة الملك فقيل مجاز لان الدين وصف شرعى لا يملك والحق انه يملك حتى لو دفع من عليه الدين الى أحدهما كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له ان يقول هذا الذى أخذته حصتى وما بقى على المدين حصتك ولا يصح من المديون أيضا أن يعطيه شيئا على انه قضاء وأخر الآخر

والحيلة

ان يملك اثنان) مثلا عينا

والحيلة فى اختصاص أحدهما بما أخذه ان يهبه المديون مقدار حصته و يهبه رب الدين حصته نهر (قوله ارثا أوشراء) جمع بينهما لان الملك اما ان يكون جبريا واختياريا فخرج بالارث الجبري ومنه مالو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما بالشراء الاختياري ومنه مالو اتبهاعينا واستوليا على حربي علك ماله بالاستيلاء أو خلطا مالهما بحيث لا يتميز كالحنطة بالحنطة أو يتعسر كالحنطة بالشعير نهر واحترز بقوله يملك ماله بالاستيلاء عما لو دخل دارنا بأمان أو دخلنا دارهم كذلك حيث لا يملك ماله بالاستيلاء حينئذ (قوله أجنبي فى قسط صاحبه) لعدم تضمنها وكالة وفى بعض النسخ فى قسم غيره قيل والأول أولى والقسط هو الحصة والنصيب نهر ووجه الاولوية ان قسط غيره يعم ما اذا لم يكن لغيره شركة معه بخلاف التعبير بالصاحب فانه نص على انه شريكه شيخنا وان باع نصيبه من شريكه جاز كيفما كان وكذا اذا باعه من غيره الا فى الخلط والاختلاط فانه لا يجوز ان يبيعه من أجنبي الا برضا صاحبه زيلعي وأما الانتفاع ففى البيت والخادم والارض فله الانتفاع بالكل ان كانت الارض ينفعها الزرع والالا بخلاف الدابة در ووجهه ان ركوب الدابة يتفاوت وفى البيت له ان يسكن كله فى غيبة شريكه ولا يلزمه أجر حصة شريكه ولو كانت معدة للاستغلال بحر والحاصل انه لا أجر عليه بسكناه فى الدار المشتركة ولو سكنها بالغلبة بغير اذن شريكه فى الملك المشترك بخلافه فى الوقف المشترك تنوير وشرحه من كتاب الوقف ومن كتاب الغصب (قوله حتى لا يجوز له التصرف فيه الا باذن صاحبه) هذا ليس على اطلاقه ففى الفتاوى الظهيرية قال محمد لو أخذ الشريك حصته من الثمرة فأكلها وباع نصيب الغائب وحفظ ثمنه جاز ان حضر وأجاز والا ضمنه قيمته وان لم يحضر فهو كاللقطة قال الفقيه أبو الليث هذا الاستحسان وبه نأخذ حموي عن البرجندي (قوله وشركة العقد الخ) جعلها المصنف تبعا لصاحب الهداية مفاوضة وعنانا وتقبلا ووجوها قال الاتقاني وفيه نظر لانه يوهم ان شركة الصنائع والوجوه مغايرتان للمفاوضة والعنان والاولى فى التقسيم ما ذكره الطحاوي والكرخي وعليه جرى الزيلعي من انها على ثلاثة أوجه بالمال والاعمال والوجوه وكل منها يكون مفاوضة وعنانا نهر (قوله مفاوضة) من التفويض بمعنى المساواة فى كل شئ در ومن ثم سمي هذا العقد بها لاشتراط المساواة فيه من جميع الوجوه كما سيأتي وظاهر كلام المصنف انه لا يشترط التنصيص على المفاوضة فان صرحا بها ثبتت أحكامها اقامة للفظ مقام المعنى لانه صار علما على تمام المساواة فى أمر الشركة وان لم يذكراها فلابد من ذكر تمام معناها بأن يقول أحدهما للآخر وهما حران بالغان مسلمان أو ذميان شاركتك فى جميع ما أملك من نقد على وجه التفويض العام من كل منا للآخر فى التجارات والنقد والنسيئة على ان يكون كل منا ضامنا عن الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع وقدمنا انها تصح خاصة أيضا بحر (قوله ان تضمنت وكالة وكفالة) أما الاول فلتحقق الشركة على ما بينا وأما الثاني فلتحقق المساواة لانها تقتضيها يقال فاوض أي ساوى فلابد من تحققها ابتداء وانتهاء ومن ثم قال وتساويا انتهى حموي عن قراحصاري قال الزيلعي وقوله ان تضمنت وكالة ليس فيه فائدة تمتاز به عن غيرها من أنواع الشركة وفى البحر انه زائد لان هذا لا يخصها قال فى النهر وأنت خبير بانه لا بدع فى ذكر شرط الشئ وان كان شرطا لآخر قال السيد الحموي قلت لا خفاء ان ذكر الشئ العام الذي لا يحصل به تمييز فى مقام التمييز مما لا داعي له خصوصا فى مقام التقسيم والمقابلة على انهم كثيرا ما يعترضون بذكر الشروط العامة فقوله لا بدع فيه مما يتعجب منه فتأمل انتهى وقوله ان تضمنت أي اشتملت (قوله ولواحقها) كالاستئجار للقتل والحمل والقصارة والصبغ (قوله وتساويا مالا) وكذا ربحا در والمراد بالمال ما يصح فيه الشركة ولا يضر زيادة ما لا تصح فيه الشركة على ما نبينه نهر وانما كان التساوي شرطا فى المفاوضة لانها تنبئ عن المساواة وهي مشتقة منها قال الشاعر

لا تصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

ومعنى البيت لا تصلح أمور الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين

ارثا وشراء) اونحوه (وكل) واحد
من الشريكين (اجنبي فى قسط
صاحبه) حتى لا يجوز له التصرف فيه
الا باذن صاحبه (وشركة العقد ان
يقول أحدهما شاركتك فى كذا
ويقبل الآخر) بان يقول قبلت
(وهي مفاوضة ان تضمنت وكالة) بان
يكون كل واحد من الشريكين وكيلا
فى أعمال التجارة ونوابعها عن الآخر
(وكفالة) بان يكون كل واحد من
الشريكين كفيلا بضمان التجارة
ولواحقها عن الآخر فصار كل واحد
من الشريكين مطالبا بسبب تجارة
الآخر (وتساويا مالا وتصرفا

تحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السرى وهو جمع عزيز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسرى ومعناه السيد أى الشريف والمحفوظ في السراة فتح السين نهر وقوم فوضى بوزن سكرى أى لا رئيس لهم مختار الصحاح (قوله ودينا) مقتضاه صحة المفاوضة بين كتابى ومجوسى لان الكفر كله ملة واحدة حموى عن البرجندى بالعز والى القهستانى فان قلت لا مساواة بينهما فى التصرف فان المجوسى يتصرف فى الموقوذة لانه يعتقد المالية والكتابى لا يتصرف وكذا الكتابى يؤاجر نفسه للذبح والمجوسى لا يؤاجر نفسه للذبح قلت من جعل الموقوذة مالا لا يفصل فيه بين الكتابى والمجوسى واجارة المجوسى للذبح صحيحة تستوجب الاجر وان كان لا تحل ذبيحته حموى عن البناية (قوله فلا تصح المفاوضة الخ) وكل موضع لا تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك فى العنان تكون عنانا لاستجماع شرائطه تنوير (قوله بين حر وعبد الخ) لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة ولا يملك المملوك شيئا منهما الا باذن المولى كما ان الصبى لا يملك التصرف الا باذنه وأما الكفالة فلا يملكها ولو أذنه واذا لم تصح بين من ذكر فعدم صحتها بين عبدين ولو مكاتبين وصبيين ولو بالاذن بالاولى وغير خاف ان العبدين وان كانا أهلا للكفالة بالاذن الا انهما يتفاضلان لتفاوتهما قيمة فلم يتحقق كون كل منهما كفيلا بجميع ما لزم صاحبه نهر والضمير فى باذنه من قوله كما ان الصبى لا يملك التصرف الا باذنه يرجع للولى ولو ذكره مكان الضمير لكان أولى لعدم تقدم ذكره ويجوز ان يراد بالمولى من له الولاية فيصدق بالولى (قوله وصبى وبالغ) ومثل الصبى المجنون والمعتوه حموى (قوله وعند أبى يوسف يجوز) لاستوائهما وكالة وكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما الا ترى انها تجوز بين الحنفى والشافعى مع تفاوتهما فى التصرف فى متروك التسمية عمدا ولهما انه لا تساوى فى التصرف فان الذمى لو اشترى برأس ماله خمرا أو خنزيرا صح بخلاف المسلم والمساواة بين الحنفى والشافعى ثابتة لان الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم وولاية الالزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد ولا خلاف فى جوازها بينهما عندنا كما فى السراج واما بين المسلم والمرتد فلا يجوز فى قولهم نهر فان قلت المسلم يملك شراء الخمر والخنزير بالتوكيل قلت لذمى يملكه بنفسه والمسلم لا يملكه بنفسه فانعدم التساوى حموى عن البناية (قوله ويكره) لان الكافر لا يهتدى الى الجائز من العقود زيلعى (قوله لا تنعقد الا بلفظ المفاوضة) فيه نظر ففى التنوير وشرحه عن السراج ولا تصح الا بلفظ المفاوضة وان لم يعرفا معناها أو بيان جميع مقتضياتها ان لم يذكرا لفظها اذ العبرة للمعنى انتهى (قوله والقياس ان لا تجوز شركة المفاوضة) لانها تضمنت الوكالة بمجهول والكفالة لمجهول وكل ذلك فاسد بانفراده فبالاولى عند الاجتماع وجه الاستحسان انه تعامل الناس بها وبمثله يترك القياس كما فى الاستصناع على ان الجهالة لا تفسد الوكالة والكفالة الا اذا كان كل منهما قصديا وهو هنا ضمنى أو نقول محل الفساد بالجهالة ما اذا كانت مفضية الى المنازعة (قوله لا أدرى ما المفاوضة) هو كناية عن فسادها كذا قيل وفيه نظر اذ مؤدى هذه العبارة التوقف وحكى عن أصحاب مالك انها تجوز بلا شرط التساوى فى المالين (قوله الا طعام أهله الخ) واستئجاره بيتا للسكنى او دابة للركوب أو امة يطؤها نهر وليس كونها للوطء قيدا بل كذلك لو كانت للخدمة حموى عن البناية ولم يقيد كون الشراء باذن الشريك وهو محمول على ما اذا كان الشراء باذن شريكه يدل عليه ما ذكره المصنف آخر كتاب الشركة وان أذن أحدهما بشراء امة ليطأها ففعل فهى له قال الشارح وانما قال اذن لانه لو اشترى شيئا بغير اذن شريكه يكون مشتركا بينهما ومن هنا تعلم ان الاذن فى عبارة صاحب البحر حيث قال أراد بالمستثنى ما كان من حوائجه فشمل شراء بيت للسكنى أو دابة للركوب او جارية للوطء باذن الشريك تعلق بالكل لا بخصوص امة الوطء خلافا لما يتوهم من كلام بعضهم وسبب الايهام انه تصرف فى عبارة البحر بالتقديم والتأخير وكان المناسب ابقاءه لقوله مؤخرا عن المسائل ليكون قيدا فى كلها وهذا بخلاف ما يشتريه من الطعام والادام والكسوة له أولاهله حيث لا يتوقف خروجها عن الشركة على كون الشراء باذن الشريك لان هذه الاشياء مستثناة عن المفاوضة للضرورة فان

وديناً فلا تصح) المفاوضة (بين حر وعبد
وصبى وبالغ و) بين (مسلم وكافر)
عندهما وعند أبى يوسف يجوز ويكره
واعلم ان هذه الشركة لا تنعقد الا بلفظ
المفاوضة والقياس ان لا تجوز شركة
المفاوضة وهو قول الشافعى وقال
مالك لا أدرى ما المفاوضة (وما اشتريه
كل) واحد من الشريكين (يقع
مشتركا) بينهما (الا طعام أهله
وكسوتهم) وكسوته والادام

الحاجة

الحاجة الراتبة معلومة الوقوع (تكميل) نقل شيخنا عن الزيلعي في المضاربة معزيا للنهاية مانصه الشريك اذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال روى ذلك عن محمد وذكر في الكافي بعدماذكر وجوب النفقة للمضارب في المال فقال بخلاف الشريك لانه لم يجر التعارف ان الشريك العامل ينفق على نفسه من مال الشريك الآخر انتهى ثم اعلم ان وجوب نفقة المضارب مقيد بما اذا سافر بمال المضاربة فقط ولو سافر بماله ومال المضاربة أو خلطه باذن رب المال أو سافر بمال لرجلين أنفق بالحصة شرنبلالية عن شرح المجمع (قوله فانه فيها لا يشتركان استحسانا) ولا يتوهم من اختصاصه بذلك ان الثاني لا يكون كفيلا بالثمن بل يكون به كفيلا ويرجع بما أدى على المشتري نهر وبحر أي يرجع بحصته زيلعي (قوله لزم أحدهما بتجارة) كثمن المبيع في البيع الجائز أو قيمته في الفاسد واجرة ما استأجره ولو لنفسه ومهر المشتراة الموطوءة اذا استحقت وما لزمه بالاستقراض في ظاهر الرواية لافرق في لزومه بين ان يكون بالبينة أو بالاقرار الا اذا أقر لمن لا تقبل شهادته له كاصوله وفروعه وزوجته ولو في عدة البائن فانه ينفذ عليه خاصة عنده وقالا يلزم شريكه أيضا الا لعبده ومكاتبه نهر (قوله والاجارة) فاذا استأجر أحدهما يلزم الآخر صاحبه لما ذكرنا أي من انه كفيله ولان المساواة به تتحقق ولا يلزم ارش الجناية والمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونفقة الزوجات والاقارب لان هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه فلا تلزم الا المباشر لان كل واحد منهما لم يلتزم بالعقد عن صاحبه الا ديون التجارة زيلعي حتى لو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش مقدر واستحلفه فحلف ثم أراد ان يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فأما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا به الاترى انه لو ثبت بالبينة أو بمعاينة القاضي لم يكن على الشريك من موجبها شئ ولا خصومة للمجني عليه معه (قوله والخلع) يعني اذا خالعت مع زوجها فالزمها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببدل الخلع عناية (قوله وغصب) أراد به ما يشبه التجارة فدخل ضمان الاستهلاك كالمستهلك من الوديعة وغيرها (قوله ولابي يوسف في الغصب) هو يقول انه ليس من التجارة فصار كارش الجناية وهما يقولان انه معاوضة ولهذا يصح الاقرار به من المأذون والمكاتب زيلعي (قوله وتبطل ان وهب لاحدهما الخ) لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ المساواة فيها شرط ابتداء وبقاء وقد فاتت اذ لا يشاركه الآخر فيه (قوله وقبض) لو ذكر الشارح القبض بعد الارث لكان أولى لانه شرط في الموهوب والموروث كما في الزيلعي لكن ظاهر كلام الزيلعي يقتضي ان القبض ليس بشرط في كل ما ورث من النقدين بل اذا كان ما ورثه من النقدين دينا يدل على ذلك قوله ولو ورث أحدهما دينا هو دراهم أو دنانير لا تبطل حتى يقبض لان الدين لا تصح الشركة فيه الخ فيحمل ما اقتضاه كلام الشارح من عدم اشتراط القبض في الموروث من النقدين على ما اذا كان عينا لا دينا وكذا ما ذكره في الشرنبلالية من ان القبض ليس بشرط في الموروث معللا بأن الملك يحصل بمجرد موت المورث يحمل على ما اذا كان عينا لا دينا (قوله ما تصح فيه الشركة) تنازعه كل من وهب وورث حموي عن قراحصاري ولو أبدل قوله ان وهب لاحدهما أو ورث بقوله ان ملك لكان أخصر وأفود ليشمل مالو وصل اليه بصدقة أو وصية (قوله ونحوهما) هو التبر والفلس النافقان حموي (قوله ولا تصح مفاوضة وعنان) ذكر المال فيهما لما قدمناه من انهما يكونان تقبلا ووجوها وكل منهما يصح بلا مال نهر (قوله بغير النقدين) ولم يقيد المصنف المال بالحضرة ولا بد منه قال في القنية عقد الشركة ورأس مال أحدهما غائب لا يصح ولو دفعه بعد الافتراق عن المجلس ليشتري الشريك بالمالين على ذلك العقد تنعقد الشركة بالدفع بحر فقوله في القنية تنعقد الشركة بالدفع يقتضي انها فسدت بالافتراق قبل احضار رأس المال ثم ارتفع هذا الفساد باحضاره عند الشراء وعلى هذا تحمل كلام البزازي على ما نقل عنه في البحر ايضا بقوله ما نص عليه من انها تجوز وان لم يوجد رأس المال عند عقد الشركة أراد ان

فانه فيها لا يشتركان استحسانا (وكل دين لزم أحدهما بتجارة) كالبيع والشراء والاجارة (وغصب وكفالة) بالمال بالامر (لزم الآخر) خلافا لهما في الكفالة ولابي يوسف في الغصب أيضا ولو كفل بمال بغير أمر المكفول عنه لم يؤخذ به شريكه اتفاقا (وتبطل) شركة المفاوضة وتصير عنانا (ان وهب لاحدهما) وقبل وقبض (أو ورث ما تصح فيه الشركة) كالنقدين ونحوهما (لا العرض) أي لو وهب لاحدهما العرض أو ورثه لا تبطل (ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين)

العقد انقلب الى الجواز باحضار رأس المال عند الشراء ليلائم مانص عليه أولا حيث قال لاتصح الشركة بمال غائب أودين ولا بد من ان يكون المال حاضرا مفاوضة كانت أوعنانا والا يلزم التنافى بين كلاميه أولا وآخرا ومن هنا تعلم ان مافى النهر من عدم اشتراط احضار المال عند العقد بل عند الشراء استدلالا بما عزاه فى البحر الى البزازى من انه اذادفع لرجل ألفا وقال له أخرج مثلها واشتر بها وبع والحاصل بيننا انصافا فبرهن المأمور على انه فعل ذلك وأحضر المال وقت الشراء جاز وتبعه بعضهم كالسيد الحموى فيه نظر ظاهر لما علمت من ان المراد من قوله جاز أى عاد العقد الى الجواز بقرينة أول كلامه (قوله مطلقا) فى مقابلة ماسيأتى عن الامام مالك من انها تجوز بالعروض اذا كان الجنس واحدا أشار الى هذا السيد الحموى حيث فسر الاطلاق بقوله أى سواء كان غير النقدين جنسا واحدا أو جنسين مختلفين (قوله وقال مالك تجوز بالعروض الخ) اعلم ان الضمير المستتر فى تجوز يعود على الشركة لا بقيد كونها مفاوضة فلاينافى ماسبق عنه من قوله لا أدرى ما المفاوضة كما توهمه السيد الحموى الى هذا أشار شيخنا وجه مذهب مالك انهما اشتركا فى رأس مال معلوم كالنقود ولنا انه يؤدى الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة فى [سابق حموى] [عقد اا] ربح مالم يضمن ومالم يملك بخلاف النقدين لان مايشتريه أحدهما يدخل فى ملكهما وثمنه فى ذمته يرجع به على صاحبه بحسابه اذ لايتعين فكان ربح مايضمن واما المكيل والموزون والعددى المتقارب فلا تصح الشركة فيها قبل الخلط وان خلطاه بجنسه فكذلك عند أبى يوسف و يكون المخلوط بينهما شركة ملك هو ظاهر الرواية وعند محمد شركة عقد وثمرة الخلاف تظهر فى استحقاق المشروط من الربح زيلعى وقوله كما اذا خلطاه بغير جنسه يفيد الاجماع على انها عند اختلاف الجنس لا تنعقد و به صرح فى النهر ومن هنا تعلم ان كلام الزيلعى وان استفيد منه ماذكرناه لكن لا بطريق التصريح خلافا لمن عزا ذلك اليه (قوله بمنزلة العروض) فلا يصلح رأس مال الشركة والمضاربة زيلعى الا اذا جرى التعامل به فينزل منزلة الضرب وعليه يحمل مافى الكتاب نهر (قوله وهو ظاهر المذهب) احترز به عما ذكره فى صرف الاصل حيث جعله كالاثمان زيلعى معللا بأن الذهب والفضة ثمن بأصل الخلقة وجه الاول ان الثمنية تختص بضرب مخصوص لانه بعد الضرب لا يصرف الى شئ آخر غالبا (قوله وعن أبى حنيفة وأبى يوسف لاتجوز بالفلس) كذا فى أكثر النسخ وهو الظاهر خلافا لما فى بعضها حموى (قوله بنصف عرض الآخر) وقع اتفاقا لانه لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة فى العروض التى باعها جاز أيضا عينى (قوله وعقد الشركة صح) لانه بالبيع صار شركة ملك حتى لا يجوز لواحد منهما ان يتصرف فى نصيب الآخر ثم بالعقد بعد ذلك صار شركة عقد فيجوز لكل واحد منهما ان يتصرف فى نصيب صاحبه وقوله وهذه حيلة لمن أراد الشركة فى العروض لانه بذلك يصير نصف مال كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فيكون الربح الحاصل من المالين ربح مايضمن فيجوز بخلاف ما اذا لم يبيعا وقوله هذا اذا كانت قيمة كل واحد منهما الخ غير محتاج اليه لانه يجوز ان يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا العكس جائز وهو ما اذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت بأن باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر حتى يكون المال كله بينهما أرباعا فقوله باع نصف ماله بنصف مال الآخر وقع اتفاقا أو قصدا ليكون شاملا للمفاوضة والعنان زيلعى (قوله وعنان) بوزن كتاب وقيل بفتح العين من عنان السماء أى سحابها لانها علت كالسحاب بصحتها وشهرتها ولهذا اتفقوا على صحتها وهى مأخوذة من عن كذا أى عرض أى ظهر له ان يشارك فى البعض من ماله نهر (قوله أى دون الكفالة) لاختصاصها بالمفاوضة ومن ثم صحت بين بالغ وصبى أو معتوه يعقل البيع والشراء فلو ذكر الكفالة مع توفر باقى شروطها انعقدت مفاوضة وان لم تتوفر كانت عنانا ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل وان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها قال

مطلقا وقال مالك تجوز بالعروض
اذا كان الجنس واحدا (و) بغير
(التبر والفلوس النافقة) وهو ما كان
غير مضروب من الذهب والفضة
وجعل التبر فى شركة الاصل والجامع
الصغير بمنزلة العروض وهو ظاهر
المذهب وعن أبى حنيفة وأبى يوسف
لاتجوز بالفلس (ولو باع كل)
واحد من الشريكين الذين أرادا
الشركة (نصف عرضه بنصف عرض
الآخر) حتى صار مال كل واحد منهما
مشتركا بينهما شركة ملك (وعقد
الشركة صح) هذا اذا كانت قيمة
كل واحد منهما مثل قيمة عرض
صاحبه واعلم ان هذا حيلة لجواز
شركة المفاوضة والعنان بالعروض
(وعنان ان تضمنت وكالة فقط)
أى دون الكفالة

فى الفتح وقد يرجح الاول لانها كفالة بمجهول فلا تصح الا ضمنا فاذا لم تكن مما تضمنها الشركة لم يكن ثبوتها
الا قصدا نهر وأقره الحموى وأقول فى كلام الزيلعى ما يشير الى انه لا فرق فى عدم الفساد بالجهالة بين
ما لو كانت الكفالة قصدية أو ضمنية لكون الجهالة هنا غير مفضية الى المنازعة وسبق منا الاشارة الى
ذلك وعليه فلا يتجه ما ذكره فى الفتح (قوله وتصح مع التساوى فى المال دون الربح وعكسه) وهو ان
يتساويا فى الربح دون المال ومعناه ان يشترطا الاكثر للعامل منهما أو لاكثرهما عملا وان شرطاه للقاعد
أو لاقلهما عملا لا يجوز عينى ثم اذا كان العمل على أحدهما وجعلا الربح بينهما بقدر رأس مالهما جاز ويكون
مال الذى لا عمل له بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح للعامل أكثر من رأس
ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس
ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما
على قدر رأس مالهما عناية ولو تفاوتا فى المال وشرطا الربح والوضيعة نصفين قال محمد الشركة فاسدة وأراد
فساد شرطه وليس له ... اما العقد فلا يبطل لان الشركة والمضاربة مما لا يبطل بالشروط الفاسدة وحينئذ
يكون الربح على ... شرطا والوضيعة على قدر رأس المال كذا فى شرح الشيخ عثمان النحراوى فتحصل
ان شرط التفاضل فى الربح يخص الشركة الصحيحة بخلاف الفاسدة حيث يتبع رأس المال واما شرط
التفاضل فى الوضيعة فغير صحيح مطلقا صحت الشركة أو فسدت اذ هو تبع للمال وبقى من الاقسام ما لو شرطا
كل الربح لاحدهما فانه لا يجوز لانه حينئذ يخرج الى قرض ان شرط للعامل أو بضاعة ان شرط لرب المال
نهر (قوله وتصح مع خلاف الجنس) تخصيص ذلك بشركة العنان يوهم عدم الجواز فى المفاوضة لكن
فى الخزانة اذا كان لاحدهما دنانير او بيض وللآخر دراهم أو سود جازت المفاوضة ان تساوت قيمتهما
لانهما جنس واحد من حيث الثمنية وان تفاضلا فى القيمة تصير عنانا حموى عن البرجندى (قوله خلافا
لزفر والشافعى فيهما) لان الربح فرع المال ولا تتصور الشركة فيه الا بعد وقوع الشركة فى الاصل
ولا يتصور ذلك بلا خلط والجنسان لا يختلطان ولنا ان الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشترى كل
منهما بثمن فى ذمته على ان يكون المشترى بينهما وهذا لا يفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق
بالمال وقيل هذه المسئلة مبنية على ان الدراهم والدنانير يتعينان عندهما كالعروض وعندنا لا عينى
(قوله وما اشتراه كل واحد من شريكى العنان للشركة) اعلم ان مشترى كل منهما مشترك بينهما على قدر
مالهما لكن ينبغى ان يعتبر فى شرط الربح وقت عقد الشركة قيمة رأس مال كل منهما فى ذلك الوقت وفى
وقوع الملك فى المشترى قيمة رأس مالهما وقت الشراء وفى ظهور الربح قيمته وقت القسمة حموى عن
البرجندى عن القنية (قوله طولب المشترى بالثمن فقط الخ) اما توجه الطلب على المشترى فلانه
العاقد واما عدم توجهه على الآخر فلانها لا تتضمن الكفالة عينى (قوله اذا أدى الثمن من مال نفسه)
لانه وكيل من جهته فى حصته هداية واحترز به ع. لو نقد من مال الشركة فانه لا يرجع وهذا لقيد أهمله
المصنف كالقدورى للعلم به من قوله يرجع لظهور انه لا يكون الا اذا أداه من مال نفسه ولو ادّعى بعد
الهلاك انه اشتراه للشركة كان عليه البيان نهر (قوله وتبطل شركة العنان) لو أبقى الشارح كلام المصنف
على اطلاقه متناولا للشركة مطلقا عنانا كانت أو مفاوضة بل أو ملكا كما هو ظاهر اطلاقه لكان أولى
(قوله بهلاك المالين) أى مال الشريكين لانه هو المعقود عليه فيها فاذا هلك بطل كالبيع والهبة
والوصية (قوله أو احدهما) لان الشريك لم يرض الا بشركته فى ماله فاذا هلك أحدهما فات ذلك ففات
رضاه بشركته فيبطل العقد عينى (قوله قبل الشراء) قيد به لانه لو هلك احدهما بعد الشراء بالمال الآخر
كان المشترى بينهما وقد كشف نقاب هذا المفهوم بقوله وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر
فالمشترى بينهما نهر (قوله هلك من مال صاحبه) فان هلك فى يده فظاهر وان هلك فى يد الشريك
فكذلك لانه أمانة عينى (قوله هذا اذا هلك قبل الخلط) لا حاجة اليه اذ هلاك أحدهما انما يتصور قبل

(وتصح) شركة العنان (مع التساوى
فى المال دون الربح و) فى (عكسه) أى
مع تساويهما فى الربح دون المال وقال
زفر والشافعى لا تجوز فيهما (وببعض
المال) أى يصح ان يعقد كل واحد
منهما ببعض ماله دون البعض بخلاف
المفاوضة (و) تصح مع (خلاف الجنس)
بان كان من جهة أحدهما دراهم
ومن جهة الآخر دنانير (و) تصح مع
(عدم الخلط) خلافا لزفر والشافعى
فيهما (و) ما اشتراه كل واحد من
شريكى العنان للشركة (طولب
المشترى بالثمن فقط) أى دون الآخر
(ورجع) المشترى اذا أدى الثمن من
مال نفسه (على شريكه بحصته منه)
أى من الثمن (وتبطل) شركة العنان
(بهلاك المالين أو أحدهما قبل
الشراء) وأيهما هلك هلك من مال
صاحبه هذا اذا هلك قبل الخلط

الخلط نهر (قوله فان هلك بعد الخلط يهلك على الشركة) لعدم التمييز والباقى على الشركة وان هلك الكل بطلت نهر (قوله وهلك مال الآخر) أى بعد الاشتراك كما فهم ذلك من قوله قريبا قبل الشراء وبهذا التقدير اندفع قول الشارح الآتى قريبا ولو قال فهلك الخ عنيمى وأقول ماذكره لا يدفع الاولوية التى ذكرها الشارح حموى (قوله فالمشترى بينهما) على ماشرطا لقيام الشركة وقت الشراء لان الهلاك لم يقع قبله لتبطل فلا يتغير بهلاك مال الآخر ثم هذه الشركة فى المشترى شركة عقد عند محمد فلكل منهما ان يتصرف فيه وقال الحسن بن زياد شركة ملك فلا يصح تصرف أحدهما الا فى نصيبه وظاهر كلام كثير ترجيح قول محمد نهر (قوله ولكن رجع المشترى بحصته من ثمنه على شريكه) لانه وكيل فى حصة شريكه وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانه عينى ولو حذف الشارح لفظة لكن لكان أولى اذ لا وجه للاستدراك (قوله بالفاء ليدل على التعقيب) ليست شرطا وكان مراده ما يدل على الترتيب ليشمل ثم أيضا على ان هذه الاولوية ليست فى محلها بعد النظر فى قول المتن وبطل بهلاك المالين أو احدهما قبل الشراء عنيمى وفيه نظر بل الاولوية فى محلها لجواز ان يغفل عن قول المصنف السابق حموى وهذه القولة يستغنى عنها بالتى تقدمت (قوله فالمشترى مشترك بينهما) على ماشرطا لان عقد الشركة ان بطل بالهلاك فالوكالة المصرح بها باقية فكان المشترى مشتركا بينهما بحكم الوكالة المفردة ويرجع عليه بحصته من الثمن لما ذكرنا زيلعى (قوله فهو للمشترى خاصة) لان دخوله فى ملكه بحكم الوكالة التى فى ضمن الشركة وقد بطلت الشركة فيبطل ما فى ضمنها بخلاف ما اذا صرحا به لانها صارت مقصودة زيلعى (قوله وتفسد الشركة ان شرط الخ) لان هذا الشرط تنتفى به الشركة اذ عساه ان لا يخرج الا القدر المسمى نهر لا لانه شرط فاسد لعدم فسادها بالشروط الفاسدة فظاهره بطلان الشرط لا الشركة بحر ومصنف قلت صرح صدر الشريعة وابن الكمال بفساد الشركة ويكون الربح على قدر المال در وفى البحر عن الخانية تفاوتا فى المال فى شركة العنان وشرطا الربح والوضيعة نصفين فسدت قالوا لم يرد محمد بذلك فساد العقد وانما أراد به فساد الشرط لان الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا لو شرطا الوضيعة على المضارب كان فاسدا انتهى وسبق (قوله ولكل واحد من شريكى العنان والمفاوضة ان يبضع الخ) قيد بما ذكر للاحتراز عن الشركة فالشريك لا يشارك لان الشئ لا يتضمن مثله وكذا الوكيل ليس له ان يوكل والمضارب ليس له ان يضارب لما سبق فان قلت ينتقض بالمكاتب والمأذون حيث كان للمكاتب ان يكاتب والمأذون ان يأذن قلت انما كان لهما ذلك لانه أطلق لهما فى الاكتساب وهذا من بابه الا ترى انه يجوز لهما بيعه وهذا دونه اذ لا يخرج عن ملكهما ولان المنع عن استتباع المثل فى حق الغير لا فى حق نفسه فالمكاتب والمأذون كل منهما يتصرف لنفسه بخلاف الوكيل والمضارب والشريك زيلعى وأقول أما كون المكاتب يتصرف لنفسه فظاهر لانه يتوصل الى حصول العتق وأما المأذون فالذى يظهر منعه بقى ان يقال ماسبق من قوله قيد بما ذكر أى بقوله ان يبضع وما عطف عليه وقوله للاحتراز عن الشركة أى شركة المفاوضة وقوله فالشريك لا يشارك أى ليس له ان يشارك مفاوضة بدون اذن شريكه كما سيأتى التصريح به بخلاف ما لو شارك احدهما آخر عنانا فانها تجوز عليهما ولا تتوقف على الاذن وسيأتى انها بدون الاذن تنعقد عنانا (قوله ان يبضع) لم يذكر الاعارة وفى البحر عن كافى الحاكم ليس له ان يعير ولو فعل فعطبت الدابة فالقياس ان يضمن وفى الاستحسان لا وكذا لو أعار ثوبا أو دارا او خادما انتهى ويبيع بما عز وهان وبنقد ونسيئة در عن الخلاصه والبزازيه وله ان يشترى بالنسيئة ان كان مال الشركة فى يده استحسانا نهر عن الفتح فان لم يبق فى يده شئ من جنس مال الشركة كان ما اشتراه نسيئة له خاصه لانه لا يملك الاستدانة على شريكه بخلاف المفاوضة شيخنا عن قاضيخان ويسافر بالمال سواء كان له حمل اولا هو الصحيح خلافا للاشباه وقيل ان له حمل يضمن والا لا ومؤنة السفر والكراء من راس المال ان لم يربح در عن الظهيريه والخلاصة وان أقال أحدهما بيع الآخر جازت وان باع احدهما متاعا ورد على الآخر بعيب فقبله جاز ولو بلا

فان هلك بعد الخلط يهلك على الشركة (وان اشترى أحدهما بماله) وهلك مال الآخر فالمشترى بينهما) لكن (رجع) المشترى (بحصته من ثمنه على شريكه) ولو قال فهلك بالفاء ليدل على التعقيب لكان أولى لانه اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بماله ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما وان ذكرا مجرد الشركة ولم يصرحا بها فيه فهو للمشترى خاصة (وتفسد) الشركة (ان شرط لاحدهما) أو لغيرهما (دراهم مسماة من الربح ولكل) واحد (من شريكى العنان والمفاوضة ان يبضع ويستأجر) من يحفظ المال ويتصرف فيه

قضاء بحر وهو باطلاقه شامل لما اذا رد عليه بعيب أو لم يكن به عيب لانه ملك اقالة بيع الآخر كما سبق وكذا يملك الحط من الثمن ان كان به عيب وان بلا عيب جاز من حصته ولو أقر بعيب في متاع باعه جاز عليهما بحر وهو باطلاقه شامل لما اذا كان المقر بالعيب غير البائع وللمفاوض كتابة العبد والاذن بالتجارة وتزويج الامة دون شريك العنان ولا يجوز للكل تزويج العبد ولا الاعتاق ولو على مال وقبول هدية المفاوض وأكل طعامه ولو كسي ثوبا أو وهبه لم يجز في حصة شريكه وانما يجوز في الفاكهة والخبز واللحم واشباهه بحر وقوله وقبول هدية المفاوض ينبغي تقييد الهدية بالمأكول ليلائم قوله ولو كسي ثوبا أو وهبه لم يجز وأما تقييده بالمفاوض فاتفاقي ولو أبدله بالشريك لكان أولى واذا قال له اعمل برأيك فله كل تجارة الا القرض والهبة وكذا كل ما كان اتلافا للمال أو تمليكا بغير عوض لان الشركة وضعت للاسترباح وتوابعه وما ليس كذلك لا ينتظمه عقدها تنوير وشرحه ولو شارك أحدهما آخر عنانا جاز عليهما لان شركة العنان ادون من المفاوضة وان شارك مفاوضة جاز باذن شريكه وبدون اذنه تنعقد عنانا بحر بتصرف وليس للشريك عنانا ان يرهن شيئا من مال الشركة بدين عليهما الا ان يكون هو العاقد في موجب الدين أو باذن شريكه واقراره بالرهن والارتهان عند ولايته العقد صحيح نهر وفيه عن الفتح كل ما كان لاحدهما اذا نهاه عنه شريكه لم يكن له فعله ولهذا لو قال له اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوزها فهلك المال ضمن حصة شريكه وفي الخلاصة أقر شريك العنان بجارية لم يجز في حصة شريكه در واذا باع أحد شريكي العنان لم يكن للآخر قبض الثمن وكذا كل دين وليه أحدهما فليس للآخر قبضه وللمدين ان يمتنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصة القابض فقط وليس لواحد منهما ان يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع أو عليه بخلاف المفاوض وليس للشريك عنانا والمضارب والمستبضع تحليف من حلفه الشريك ورب المال ثانيا شرنبلالية ولو استقرض أحد شريكي العنان مالا للتجارة لزمهما ولو اقر احد الشريكين انه استقرض من فلان الفا تلزمه خاصة بحر عن الخانية وفي الشرنبلالية عن شرح المجمع لكل من شريكي العنان والمفاوضة ان يستقرض انتهى فتقييده في البحر باحد شريكي العنان اتفاقي وصح بيع مفاوض ممن ترد شهادته له كابنه وابيه وينفذ على المفاوضة اجماعا بخلاف اقراره بدين حيث لا ينفذ على المفاوضة عنده تنوير وشرحه (قوله ويضارب) اطلق الجواب في الكتاب وهو على التفصيل اذا أخذ مالا مضاربة ليتصرف فيما ليس من تجارتهما فالربح له خاصة لانه لم يدخل تحت عقد الشركة وكذلك اذا أخذ المال مضاربة بحضرة صاحبه ليتجر فيما هو من تجارتهما وأما اذا اخذ المال مضاربة ليتصرف فيما كان من تجارتهما ومطلقا حال غيبة شريكه يكون الربح بينهما مشتركا نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب ورب المال كذا في المحيط فقوله في الكتاب يضارب معناه يدفع المال مضاربة وأما اذا اخذه مضاربة ففيه التفصيل بحر (قوله ويوكل) ولو وكل احدهما رجلا في بيع اوشراء واخرجه الآخر عن الوكالة صار خارجا عنها وان وكل البائع رجلا يتقاضى ثمن ما باع ليس للآخر ان يخرجه عن الوكالة بحر (قوله ويده في المال امانة) فيقبل قوله بيمينه في مقدار الربح والخسران والضياع والدفع لشريكه ولو ادعاه بعد موته بحر مستدلا بما في وكالة الولوالجية كل من حكى امرا لا يملك استئنافه ان فيه ايجاب الضمان على الغير لا يصدق وان فيه نفي الضمان عن نفسه صدق انتهى وتفرع على كونه أمانة ما سئل عنه قارئ الهداية طلب محاسبة شريكه فاجاب لا يلزمه شئ بالتفصيل ومثله المضارب والوصي والمتولي وينبني على كون المال أمانة في يد الشريك انه لا يضمن الا بالتعدي كما يضمن الشريك عنانا او مفاوضة بموته مجهلا نصيب صاحبه على المذهب كما في وقف الخانية وسيجيء في الوديعة خلافا للاشباه تنوير وشرحه (تتمة) أقر بمقدار ربح ثم ادعى الغلط فيه لا يقبل ذكره في اقرار الاشباه (قوله وتقبل) وتسمى أيضا شركة الصنائع والابدان والاعمال وانما جاز هذا النوع من الشركة لان المقصود منها ما هو تحصيل الربح على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل يكون بالعمل أيضا فاذا وكل

(ويضارب ويودع) وعن أبي حنيفة
أنه ليس له أن يضارب (ويوكل) من
يتصرف فيه بيعا وشراء (ويده) أي
يد كل واحد منهما (في المال) يد (أمانة
و) شركة العقد (تتقبل ان اشترك
خياطان أو خياط وصباغ) أو نحوهما

كل منهما الآخر بقبول العمل كان كل واحد أصيلا في نصف العمل المتقبل ووكيلا في النصف الآخر فتحقق الشركة في الربح قال في البحر وظاهره ان التقبل والوجوه غير المفاوضة والعنان وقد قدمنا خلافه وفي البزازية وشركة التقبل والوجوه قد تكون مفاوضة وعنانا فالعنان ما يكون في تجارة خاصة والمفاوضة تكون في كل التجارات انتهى والتحقيق ان ما مر من المفاوضة والعنان فيما اذا ذكر المال فيهما وأما اذا لم يذكر فيكونان وجوها وتقبلا نهر قال الحموي يتطرق صورة شركة تكون تقبلا ولا تكون مفاوضة ولا عنانا وعلى هذا فتكون النسبة بين التقبل والوجوه والعنان والمفاوضة العموم والخصوص المطلق لا التباين كما يقتضيه كلام المصنف (قوله على ان يتقبلا الاعمال) التي يمكن استحقاقها ومنه تعليم كتابة وقرآن وفقه على المفتى به بخلاف شركة دلالين ومغنين وشهود محاكم وقراء ووعاظ وسؤال لان التوكيل بالسؤال لا يصح در عن القنية والاشباه وفي البحر عن البزازية لو اشتركا في عمل حرام لم يصح انتهى وأما شركة الحمالين فصحيحة حموي عن البرجندي (قوله ويكون الكسب بينهما) ولو شرطا الأكثر الربح لادناهما عملا فالاصح الجواز نهر والذي في البحر عن الفتح اذا كان أحدهما احذق فاشترط الاكثر لادناهما فالصحيح الجواز الخ ومنه يعلم ما في كلام بعضهم (قوله وهو القياس) لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة والاحكام المذكورة من موجباتها وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية لوجوب العمل في ذمة كل منهما ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل كذا في الهداية قال في العناية وفيه مصادرة على المطلوب وفيما سوى هذين الامرين هي باقية على مقتضى العنان ولهذا لو أقر احدهما بدين من ثمن صابون ونحوه ولم يصدق على صاحبه ويلزمه خاصة لان نفاذ الاقرار موجب التصريح بالمفاوضة ولم ينصا عليها نهاية (قوله ولا يشترط في شركة الصنائع اتحاد العمل والمكان) ولهذا عدل المصنف الى قوله او خياط أو صباغ حيث لم يقل او خياط وصراف مثلا اذ قلما يسكن الخياط والصباغ في دكان بخلافه مع الصراف ونحوه حموي عن البرجندي ومن صور هذه الشركة ان يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف والقياس ان لا يجوز لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لان التقبل من صاحب الحانوت عمل عيني (قوله وكسب أحدهما بينهما) يعني اذا عمل أحدهما دون الآخر فالاجر بينهما على ما شرطا اما استحقاق العامل فظاهر وأما الآخر فلانه لزمه العمل بالتقبل فيكون ضامنا له فيستحقه بالضمان وهو لزوم العمل وسواء كان للذي لم يعمل عذر كمرض وسفر او امتنع عمدا بلا عذر ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز زيلعي ودر (قوله ثم هذا النوع من الشركة قد يكون عنانا الخ) فيه تورك على المصنف حيث اقتضى تقسيمه ان شركة التقبل لا تكون عنانا ولا مفاوضة وقد تقدم (قوله وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائطها) فيه ايماء الى ان شركة الصنائع تصير مفاوضة بالتنصيص على شرائطها سواء صرحا بذكر المفاوضة أم لا خلافا لما يظهر من عبارة الدرر حيث اقتضى كلامه انه لا بد من ذكر ما تضمنه المفاوضة مع التلفظ بلفظها ولهذا تعقبه الشيخ حسن بان ذكر المفاوضة مع ذكر ما تضمنته ليس قيدا بل ذكر أحدهما وكذا اشتراط المناصفة في الربح ليس قيدا أيضا اه فاستفيد منه ان الشرط أحد امرين اما التنصيص عليها بلفظها ان لم تذكر شرائطها واما التنصيص على شرائطها ان لم تذكر هي بلفظها فان قلت قول الشيخ حسن اشتراط المناصفة يعني في الربح ليس قيدا مشكل لانه حينئذ يفوت التساوي الذي هو شرط المفاوضة قلت ليس المراد من عدم اشتراط المناصفة في الربح جواز التفاوت فيه بل المراد ان ذكر المفاوضة يغني عن اشتراط التنصيف فيه لان التساوي فيه وفي غيره يثبت مقتضيا للمفاوضة وان لم يصرح باشتراطه بقي لو نص على المفاوضة وعلى التفاوت في الربح هل تفسد المفاوضة وتنقلب عنانا ويكون الربح بينهما على التفاوت عملا باشتراطه او يفسد شرط التفاوت وتبقى المفاوضة على ما كانت ويتنصف الربح بينهما لم أره صريحا وكلام المصنف في شركة الوجوه يشير الى الثاني وهو قوله فان شرطا مناصفة المشترى او مثالثته

فالربح

(على ان يتقبلا الاعمال) من الناس (و) ان (يكون الكسب بينهما) بأجر اي أجر الكسب فيجوز ذلك استحسانا عندنا خلافا للشافعي وهو القياس ولا يشترط في شركة الصنائع اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك (وكل عمل يتقبله أحدهما يلزمهما) حتى لو دفع رجل الى أحدهما عملا فله ان يأخذ بذلك العمل أيهما شاء ولكل واحد منهما ان يطالب بأجرة العمل والى أيهما دفع برئ عن اداء الاجرة (وكسب أحدهما بينهما) ثم هذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائطها

فالربح كذلك وبطل شرط الفضل (قوله ووجوه) قال الولوالجي صورتها ان يشترك اثنان في نوع خاص او الانواع كلها على ان يشتريا بالنسيئة ويبيعا على أن يكون الربح بينهما نصفين وشرط جوازها ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للشركة واشتراط الربح على قدر اشتراط الملك حتى لو تفاضلا في ملك المشترى بان كان لاحدهما الثلث وللآخر الثلثان وتساويا في الربح لا يجوز وفي شركة العنان اذا تفاضلا في الربح مع التساوى في المال يجوز والفرق ذكره الولوالجي حموى عن شرح ابن الشلبي وليس المراد من عدم الجواز في كلام الولوالجي فساد الشركة بل المراد عدم جواز شرط التساوى في الربح يدل عليه قول المصنف فان شرطا مناصفة المشترى الى قوله وبطل شرط الفضل (قوله على ان يشتريا) بوجوههما ويبيعا فما حصل بالبيع يدفعان منه ثمن ما اشترياه بالنسيئة وما بقى بينهما درر ويبيعا بطريق السلم ويشتركان في رأس المال حموى (قوله خلافا للشافعي) له ان الربح فرع المال فلا تنعقد الشركة بدونه ولنا ان المقصود من الشركة تحصيل الربح بالوكالة وقد أمكن لان الشراء والبيع مما يقبل الوكالة فيكون كل واحد منهما وكيلا عن الآخر فيما يشتريه لانه لا ولاية له على صاحبه الا به (قوله وسميت شركة وجوه الخ) وتسمى أيضا شركة المفاليس وانما أضيفت للوجوه لانها تبتذل معها لعدم المال حموى (قوله لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس) فيه ايماء الى ما نقله الحموى عن البرجندي حيث قال ويحتمل ان تكون الوجوه بمعنى الاشراف ذكره الجوهرى فان هذا النوع من الشركة لا يتيسر الا لمن له نوع وجاهة وشرف عند الناس انتهى وقيل لانهما يشتريان من الوجه الذى لا يعرف وقيل لانهما اذا جلسا لتدبير أمرهما ينظر كل واحد منهما الى وجه صاحبه عيني (قوله وبطل شرط الفضل) لان الربح لا يستحق الا بالعمل كالمضارب أو بالمال كرب المال أو بالضمان كالاستاذ الذى يتقبل العمل من الناس ويلقيه على التلميذ بأقل مما أخذ فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها والضمان بقدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن زيلعى (قوله ثم هذه الشركة تكون مفاوضة) لم يقل وعنانا لانه علم من قول المصنف وتتضمن الوكالة حموى (قوله اذا روعيت شرائطها) أو عقدت بلفظ المفاوضة وان لم تذكر شرائطها كما سبق واذا اطلقت بأن لم يذكر لفظ المفاوضة ولا شرائطها تكون عنانا بحر وقول العيني واذا نصا على المفاوضة وذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة واجتمعت فيها شرائطها صارت مفاوضة والا فعنان فيه نظر ظاهر لانه مع التنصيص على المفاوضة لا يشترط ذكر الشرائط كما قدمناه ولهذا قال في النهر وتكون مفاوضة بأن يكونا من أهل الكفالة والمشترى بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويان في الربح ويتلفظان بلفظ المفاوضة أو يذكرا مقتضياتها الخ فقوله أو يذكرا مقتضياتها باو دون الواو صريح فيما ذكرناه ومنه يعلم ان الصواب في عبارة العيني التعبير باو دون الواو

(فصل في الشركة الفاسدة) يعني وغير ذلك كما هو ظاهر وكان من حقه ان يترجم بمسائل شتى وانما قدم الشركة الصحيحة على الفاسدة لان الصحيح موجود شرعا والفاسد فائت الصحة ولا يكون موجودا شرعا من كل وجه فانحطت درجته حموى عن المفتاح (قوله ولا تصح شركة في احتطاب) لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل ولا يمكن تحقيق هذا المعنى هنا لان الموكل لم يملكه فلا يملك اقامة غيره مقامه ولان المباح لمن أخذه فلا يمكن ايقاع الحكم فيه لغيره زيلعى (قوله واصطياد) وفي الاشباه الصيد مباح الا للتلهي أو حرفة كذا في البزازية وعلى هذا فاتخاذه حرفة حرام كصيد السمك انتهى ووجهه بعضهم باتخاذ ازهاق الروح عادة لكن في الدر أول كتاب الصيد التحقيق اباحة اتخاذه حرفة لانه نوع من الاكتساب وكل أنواع الكسب في الاباحة سواء على المذهب الصحيح الخ (قوله والتكدى) هو لسؤال وذكر العيني في البناية ان لفظ التكدى عربي وفيه نظر حموى (قوله والكسب للعامل وحده) لفساد الشركة وقد انفرد بالكسب حتى لو أخذاه معا ثم خلطاه وباعاه كان الثمن بينهما ان علم ما لكل منهما بالكيل أو الوزن أو القيمة والا صدق كل منهما في النصف ولا يصدق فيما زاد الا ببينة نهر (قوله أى على

(ووجوه ان اشتركا بلا مال على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا) فهي جائزة عندنا خلافا للشافعي وسميت شركة وجوه لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس (وتتضمن) عند الاطلاق (الوكالة) فتكون عنانا (فان شرطا مناصفة المشترى او مثالثته فالربح كذلك و) لكن (بطل شرط الفضل) أى شرط فضل الربح فيما بان يكون المشترى بينهما نصفين والربح بينهما اثلاثا فيكون الربح بقدر الملك ثم هذه الشركة تكون مفاوضة اذا روعيت شرائطها *(فصل في الشركة الفاسدة)* (ولا تصح شركة في احتطاب واصطياد واجتناء الثمار الجبلية واستقاء) والتكدى (والكسب) أى المكسوب (للعامل و) لكن (عليه) أى على العامل (أجر) مثل (ما للآخر)

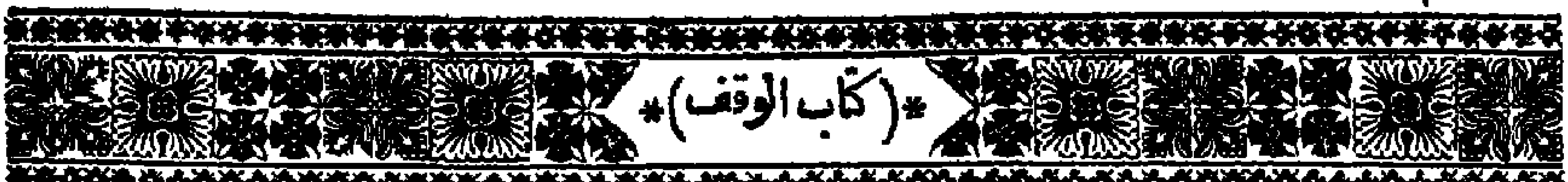
العامل أجر مثل ماللآخر) لانه استوفى منفعة غيره بعقد فاسد عينى (قوله أى ان أعانه) بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر عزمى زاده فالاعانة هو الجمع فى الاول والتحميل فى الثانى (قوله وعند محمد أجر مثله بالغا ما بلغ) قيل وتقديمه فى الهداية قول محمد وكذا تقديمه فى المبسوط دليل أبى يوسف دليل على انهم اختاروا قول محمد نهر عن العناية فمفاده أن المؤخر فى المبسوط هو المختار عكس ما فى الهداية وذكر الحموى ما نصه فى المفتاح واختار المصنف قول محمد لانه المختار للفتوى انتهى وفيه ان كلام المصنف محتمل الا ان احتماله قول محمد ظاهر انتهى ووجه الظهور انه أطلق أجر المثل ولم يقيده بعدم المجاوزة ثم اعلم ان هذا الخلاف فى كل اجارة فسدت لكن محله ما اذا كان المسمى معلوما من وجه دون وجه كالنصف والثمن اما اذا كان معلوما من كل الوجوه فانه لا يزاد على المسمى أو مجهولا كما اذا جعل الاجر دابة أو ثوبا وجب الاجر بالغا ما بلغ نهر وحموى (قوله التى يجوز ان تجعل صحيحا) كان الظاهر ان يقول صحيحة بالتأنيث الا انه يجوز ذلك فى فعيل اذا كان بمعنى مفعول وجرى على موصوفه بقى انه يفهم من كلامه هذا ان الشركة على قسمين قسم يجوز ان تنقلب صحيحة وقسم تبقى على الفساد ولا تنقلب فليراجع حموى وأقول هذا الذى فهمه السيد من كلام الشارح يبتنى على ان المراد بالشركة الفاسدة ما كان الفساد فيها ذاتيا بأن كان المشترك فيه مباح الاصل وليس كذلك وانما المراد بها ما اذا كان المشترك فيه يصح الاشتراك فيه بان كان غير مباح الاصل لكن طرأ الفساد من جهة اخرى كما اذا اشترط لاحدهما من أصل الربح دراهم مسماة وكان بحال لو لم يذكر هذا الشرط لبقيت الشركة على الصحة هذا مراده فأشار بقوله التى يجوز ان تجعل صحيحا الى الجواب عما عساه ان يقال ان فى كلام المصنف تناقضا لانه ذكر أولا ان الكسب فى الشركة الفاسدة للعامل وعليه أجر مثل ما للآخر ثم ذكر ما يخالفه بقوله والربح فى الشركة الفاسدة بقدر المال وان شرط الفضل فأشار الى اختلاف موضوع المسئلتين فموضوع ما ذكره أولا ما اذا وقعت الشركة فى نحو الاستقاء من النهر وموضوع ما ذكره ثانيا ما اذا وقعت الشركة فى شراء البر وبيعه مثلا واشترط الربح اثلاثا مع التساوى فى رأس المال ولكن طرأ الفساد لامر عرض كاشتراط تخصيص أحدهما من أصل الربح بدراهم مسماة وأشار المصنف بقوله وان شرط الفضل الى ان جواز اشتراط التفاضل فى الربح مع التساوى فى رأس المال محله ما اذا صحت الشركة اما اذا فسدت فلا ويكون الربح بينهما على حسب المال وبهذا التقرير تعلم سقوط ما ذكره السيد الحموى (قوله بقدر المال) نبه به على انه لو كان المال من أحدهما كان للآخر أجر المثل كما لو دفع دابة لرجل ليؤاجرها والاجر بينهما فسدت والربح للمالك وللآخر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت ولو ليبيع عليها البر فالربح لرب البر وللآخر أجر مثل الدابة لان منفعة الدابة لا تصلح مال الشركة كالعروض نهر واعلم ان بعضهم علل ما ذكر من ان الربح فى الشركة الفاسدة بقدر المال بان الربح تبع للمال فيقدر بقدره كالريع فانه تبع للبذر فى المزارعة قال فى البناية وفيه نظر اذ الربح عندنا فرع العقد كما مر وكون الربح تابعا للمال انما هو مذهب الشافعى كما مر فكان الكلام متناقضا والجواب انه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لان الزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت التسمية لفساد العقد لكونه واجب الدفع فصار كان التسمية لم توجد أصلا فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال حموى (قوله وتبطل الشركة الخ) قيده البرجندى كالدرر بشركة العقد وظاهره ان شركة الملك لا تبطل حموى فان قلت ينافى التقييد المذكور قوله فى الدرر وتبطل أى الشركة مطلقا بموت أحدهما قلت الاطلاق بالنظر للمفاوضة والعنان فلا منافاة (قوله بموت أحدهما) لانها تتضمن الوكالة وهى تبطل بالموت واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة اذ لا بد لها منها لكن فيه انه لا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع والجواب ان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها ومعلوم انه لا تحقق للمشروط دون شرطه حموى عن البناية وتبطل أيضا بانكارها وبقوله لا أعمل معك فتح وبفسخ أحدهما ولو المال عروضا بخلاف المضاربة هو المختار بزازية خلافا

أى ان اعانه الا انه لايجاوز عن نصف ثمن ذلك عند أبى يوسف وعند محمد أجر مثله بالغا ما بلغ (والربح فى الشركة الفاسدة) التى يجوز ان تجعل صحيحا يكون (بقدر المال وان شرط الفضل وتبطل) الشركة (بموت أحدهما) مطلقا سواء علم الشريك بموت صاحبه أولا

الزيلعي ويتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي وبجنونه مطبقا فاربح بعد ذلك العامل لكنه يتصدق بربح مال المجنون تنوير وشرحه عن التتارخانية (قوله ولو كان الموت حكما) نصب على التمييز نهر وعيني وهو عجيب والصواب أنه خبر كان المحذوفة وبزجه في النهر يدل على ذلك ولو ثبت في العربية حذف كان التامة مع اسمها بعد لو كان النصب على التمييز حموي عن شرح الشلبي (قوله وقضى بلحاقه) فان لم يقض به توقف انقطاعها اجماعا فان عاد قبل الحكم بقيت وان مات أو قتل انقطعت وهل تنقلب عنانا في حالة التوقف نفاه الامام وأثبتاه نهر عن الفتح (قوله وأديا معا) أى كل واحد عن نفسه وعن شريكه شيخنا (قوله أى ضمن كل واحد الخ) ويتقاصان فان كان مال أحدهما أكثر يرجع بالزيادة درر فان قيل ينبغي ان لا يجب الضمان عند أبي حنيفة اذا أديا معا العدم سبق أداء الموكل فلم يقع فعل الوكيل نفلا قلنا أداء الموكل ان لم يسبقه تحقيقا فقد سبقه اعتبارا وتقديرا لان تصرف الموكل على نفسه أقرب من تصرف الوكيل فيصير سابقا معنى كالوكيل بالبيع مع الموكل اذا باعا وخرج الكلامان معا فانه ينفذ بيع الموكل دون بيع الوكيل حموي عن البناية (قوله ضمن الثاني) لانه أتى بغير المأمور به لانه اسقاط الفرض عنه فصار مخالفا فيضمن علم أم لم يعلم لانه صار معزولا بأداء الموكل حكما لفوات المحل وذا لا يختلف بالعلم والجهل كالوكيل ببيع العبد اذا أعتقه الموكل ينعزل علم به أولا درر (قوله لا يضمن مطلقا) وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الوكيل بأدائها أو بأداء الكفارة لهما انه مأمور بالاداء وقد أتى به وليس في وسعه ايقاعه زكاة أو كفارة لتعلقه بنية الآمر وله انه أتى بغير المأمور به اذ هو اسقاط الفرض عنه ولم يسقط به فصار بالدفع مخالفا لانه بأداء الآمر صار معزولا عزلا حكميا وفيه لا يشترط العلم كما مر ولو دفع الى غيره دراهم ليقضي بها دينا عليه ثم أدى الدافع الدين أو ذبح المأمور دم الاحصار بعد زواله قيل على الخلاف أيضا وقيل عدم الضمان على الاتفاق نهر (قوله وان أذن أحدهما بشراء أمة الخ) وفي الخلاصة قال أحد الشريكين لصاحبه أريد ان أشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشتراها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت فاشتراها تكون له وفرق بينهما بأن الوكيل يملك فسخ الشركة اذا علم الموكل رضي أم لا بخلاف الشريك فان أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضا صاحبه قال في الفتح وهذا غلط وقد صح هو انفراده بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما في التجنيس من ان أحدهما لا يملك تغيير موجبها الا برضا صاحبه وأجاب في النهر بأن ما ذكره في الخلاصة من الفرق محمول على ما اختاره الطحاوي وأقول يؤيد دعوى الغلط ان مسئلة الوكالة لا شركة فيها أصلا فكيف يستقيم الفرق بينهما بأن الوكيل يملك فسخ الشركة ثم ظهر لي ان الصواب ابدال الشركة بالوكالة بأن يقال ويفرق بينهما بأن الوكيل يملك فسخ الوكالة الخ واعلم ان قوله في النهر والمراد بموجبها وقوع المشترى على الاختصاص صوابه والمراد بتغيير موجبها الخ كما هو ظاهر ما سبق عن التجنيس وحينئذ يسقط ما ذكره السيد الحموي من ان الصواب ابدال الاختصاص بالاشتراك (قوله أى أحد المتفاوضين) صريح في ان أحد شريكي العنان لا يكون الحكم فيه كذلك والظاهر ان التقييد به اتفاقي حموي وكان الاولى ابدال قوله صريح بقوله ظاهر الخ (قوله بلا شيء عند أبي حنيفة) لان الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطء لا يحل الا بالملك أى الخاص فصار كما اذا اشترياها ثم قال أحدهما للآخر اقبضها لك كان هبة وكما اذا قال لشخص اقبض ديني على فلان لنفسك فقبضه كان هبة له وكما اذا قال شخص ادّ عني الزكاة فأدى عنه كان تمليكا منه أى من الآمر في ضمن قبض الفقير بخلاف طعام الاهل وكسوتهم لان ذلك مستثنى عن الشركة للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة ولا ضرورة في مسئلتنا فلا تستثنى فتدخل في ملكهما جريا على موجب الشركة اذ لا يملك كان تغييره فيكون قاضيا دينا عليهما وللبائع ان يؤاخذ بالثمن أيهما شاء على التقديرين لما بينا في الطعام والكسوة زيلعي وقوله على التقديرين أى تقدير وقوع الملك لهما أو لاحدهما شيخنا (قوله وعندهما يرجع الآذن عليه بنصف الثمن) لان الشراء وقع للمأمور خاصة فكان الثمن

(و) لو كان الموت (حكما) بأن ارتد ولحق بدار الحرب وقضى بلحاقه (ولم يؤد أحد الشريكين) (مال الآخر بلا إذنه فان أذن كل) منهما لصاحبه ان يؤدي زكاته (وأديا معا ضمنا) أي ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه مطلقا علم أو لم يعلم عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن شيئا ان لم يعلم (ولو) أديا (متعاقبا ضمن الثاني) المأمور بها للأول مطلقا سواء علم بأداء صاحبه أولا عند أبي حنيفة وعندهما ضمن ان علم بأداء صاحبه والا لا وفي الزيادات لا يضمن مطلقا وهو الصحيح عندهما (وان أذن أحدهما) أي أحد المتفاوضين (بشراء أمة ليطأها) المشتري (ففعل) وأدى الثمن من المال المشترك (فهي له) أي للمشتري خاصة (بلا شيء) عند أبي حنيفة وعندهما يرجع الآذن عليه بنصف الثمن

واجبا عليه وقد اداه من مال الشركة فيرجع عليه بنصف الثمن كما فى الطعام والكسوة درر (قوله لانه لو امر للخدمة) أى لو امره بالاخذ للخدمة ووقع فى النسخة التى كتب عليها السيد الحموى لو أخذ للخدمة فلهذا قال صوابه لو أذنه بالأخذ للخدمة انتهى (قوله فكذلك) أى كمسئلة الكتاب لا كالمسئلة التى قبلها ووقع فى بعض النسخ فذلك وهذه النسخة أولى حموى (تكميل) اشترى عبدا مثلا فقال له آخر اشركنى فيه فقال فعلت ان قبل القبض لم يصح وان بعده صح ولزمه نصف الثمن وان لم يعلم بالثمن خير عند العلم به ولو قال اشركنى فيه فقال نعم ثم لقيه آخر وقال مثله وأجيب بنعم فان كان القائل عالما بمشاركة الاول فله ربعه وان لم يعلم فله نصفه لكونه يطلب الشركة فى كامله وحينئذ خرج العبد من ملك الاول تنوير وشرحه وقوله ان قبل القبض لم يصح وجهه ان اشراك الغير يتضمن بيع البعض منه وبيع المنقول قبل القبض لا يصح والمراد بالاول فى قوله وحينئذ خرج العبد من ملك الاول هو المشترى للعبد لا الذى أشركه فيه أولا وانما خرج عن ملكه لانه باشراك الاول صار بائعا منه نصفه ثم باشراك الثانى حال كون الثانى لا علم له بما وقع بينه وبين الاول من الشركة صار بائعا منه النصف الثانى فافهم والله أعلم



اعلم ان له سببا وركنا ومحلا وشروطا فسببه ارادة محبوب النفس فى الدنيا ببر الاحباب وفى الآخرة بالثواب وركنه الالفاظ الخاصة وهى ستة ألفاظ ثلاثة من قسم الصريح وهى وقفت وحبست وسبلت والثلاثة الاخرى كناية فتتوقف على النية وهى تصدقت وحرمت وأبدت جوهرة وذكر فى الاسعاف من الباب الاول ان ركنه لفظ الوقف وما فى معناه كقوله صدقة محرمة أو صدقة محبسة أو صدقة مؤبدة أو صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث أو صدقة موقوفة انتهى وفيه اشعار بأن الوقف لا بد له من القول وبه صرح القهستانى ونصه وانما قيد بالقول لانه لو كتب صورة الوقفية مع الشرائط بلا تلفظ لم يصر وقفا بالاتفاق كما فى الجوهرة اه ومحله المال المتقوم وشروطه منها عدم الحجر بسفه أو دين وكونه منجزا لا معلقا الا بكائن واما اضافته فتصح نهر عن جامع الفصولين كقوله وقفت دارى غدا بخلاف اذا جاء غد وكونه مملوكا ويتفرع على هذا الشرط عدم جواز وقف الاقطاعات الا اذا كانت الارض مواتا أو ملكا للامام فأقطعها رجلا وكذا وقف المرتد ان قتل عليها أو مات لان ملكه يزول بها والا موقوفا بخلاف المرتدة ولو ارتد المسلم بطل وقفه وان عاد الى الاسلام لا تعود الوقفية بحر عن الخصاف وكونه معلوما فلو وقف شيئا من أرضه ولم يسمه لا يصح وان بين بعد ذلك ولو قال جميع حصته من هذه الارض ولم يسم السهام جاز استحسانا ولو قال وهو ثلث جميع الدار فاذا هو النصف كان الكل وقفا نهر عن الخانية وان لا يذكر فيه خيار شرط معلوما كان أو مجهولا عند محمد وان لا يكون موقتا بشهر أو سنة وفصل هلال بين ان يشترط رجوعها اليه بعد الوقت فيبطل والا فلا وظاهر الخانية اعتماده نهر وعبارة الخانية رجل وقف داره يوما أو شهرا أو وقتا معلوما ولم يزد على ذلك جاز ويكون وقفا أبدا اه فانت تراه لم يعرج على ما فصله هلال حموى وفيه تأمل اذ قوله ولم يزد يشير الى ما ذكره هلال من التفصيل اما الاسلام فليس من شرطه فصح وقف الذمى بشرط كونه قربة عندنا وعندهم فلو وقف ذمى على بيعة لم يصح ولو على ذمى صح ولو قال على أن لا يسلم أو على ان من انتقل الى غير النصرانية فلا شئ له لزم شرطه على المذهب در وسيأتى الكلام على شروطه مزيد بيان (تتمة) لا يشترط لصحة وقف الارض أو الدار ذكر الحدود ومافى الخصاف شهدا انه اقر عندهما انه وقف أرضه التى فى موضع كذا وقالا لم يحددها لنا قال الوقف باطل الا أن تكون مشهورة تغنى شهرتها عن تحديدها فان كانت كذلك قضيت بأنها وقف انتهى مؤول بأن المراد بطلان الشهادة لا بطلان الوقف ولهذا قال هلال فيها الشهادة باطلة وكذا فى متن البحر المحيط والذخيرة وقاضيخان والحاصل ان ما ذكره الخصاف يحتاج

للتاويل

وانما قال اذن لانه لو اشترى شيئا بغير اذن شريكه يكون مشتركا بينهما قيد بقوله لعطائها لانه لو أمر للخدمة فعل فكذلك له خاصة ولا تثبت الهبة فيرجع عليه صاحبه بنصف الثمن

(كتاب الوقف) من حيث ان تناسب الكتابين ان المقصود من كل منهما الانتفاع لكن انتفاع الاول فى الدنيا وانتفاع الثانى فى الآخرة

للتأويل ولا يجوز العمل بظاهره ولا الحكم بابطال الوقف بمجرد قول الشهود لم يحدد هالنا لما علمت من ان المراد من قوله الوقف باطل أى الشهادة باطلة كما قال هلال وغيره وهذا مما يجب التيقظ لفهمه فاذا وقعت هذه المسئلة عند الحاكم الحنفي فجوابه أن يقول للشهود اذهبوا فان شهادتكم لا تفيد شيئا لانها غير صحيحة و يقول للواقف ان كان حيا أو لوارثه ان كان الامر كما ذكر الشهود لا يحل لك انكاره ولا يجوز بيعه ولا اخراجه عن الوقفية وجواب المفتي ان يكتب لا تصح هذه الشهادة ولا يلزم من عدم صحتها بطلان الوقف ان كان قد وقف لان الوقف لا يشترط لصحته التحديد في نفس الامر بل يصح بقوله وقفت داري على كذا وان لم يذكر الحدود أصلا شيخنا عن أنفع الوسائل فما في النهر عن القنية مما ظاهره اشتراط التحديد يحمل على انه بالنسبة لقبول الشهادة كما يشير اليه ما نقله آخرا عن الخلاصة (قوله ولذا ذكره بعد الشركة) لان ما يتعلق بالآخر يناسب أن يكون متأخرا في الذكر وان كان مقدما في الاعتبار حموي (قوله يتعدى ولا يتعدى) يعني العرب استعملت هذا الفعل مرة متعديا ومرة لازما فوقف بمعنى حبس متعد ووقف بمعنى انتصب لازم وفرقوا بينهما بالمصدر فمصدر المتعدي الوقف ومصدر اللازم الوقوف (قوله وهو في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه) يقال وقفت داري وأرضي ولا يعرف أوقفت من كلام العرب عيني ولهذا قالوا انها لغة رديئة لكن سوى في القاموس بينهما والظاهر ان له سندا نوح افندي (قوله وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر) مبالغة كقولهم نسج اليمن وضرب الامير للمنسوج والمضروب فهو مجاز مرسل من اطلاق اسم المتعلق على المتعلق والعلاقة التعلق وما قيل من ان علاقته الكلية والجزئية فليس بظاهر (قوله والتصدق بالمنفعة) زاد في الفتح وتبعه ابن الكمال أو صرفها لمن احب لان الوقف على الاغنياء صحيح اذا جعل آخره لجهة قربة مؤبدة وأجاب في النهر بأن المراد التصدق ولو في الجملة بدليل ما في المحيط لو وقف على الاغنياء لم يجز لانه ليس بقربة بخلاف ما لو جعل آخره للفقراء فانه يكون قربة في الجملة انتهى فأفاد بقوله بخلاف ما لو جعل آخره للفقراء اشتراط كون الاغنياء معينين يحصون ليتصور أيلولة الوقف الى الفقراء بعد انقراضهم لان الاغنياء اذا لم يكونوا يحصون لا يتوهم انقراضهم الى قيام الساعة وان رمت ايضاح ذلك فعليك بالاسعاف كذا ذكره شيخنا فتحصل ان لجواز الوقف على الاغنياء شرطين الاول كونهم معينين يحصون الثاني ان يجعل آخره للفقراء (قوله عند ابي حنيفة) هذا على ما هو الاصح من مذهب الامام من ان الوقف عنده جائز الا انه غير لازم بمنزلة العارية خلافا لما جرى عليه في الاصل من عدم جواز الوقف عند أبي حنيفة أصلا ولهذا قال في الخانية الوقف جائز عند علمائنا أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد رحمهم الله وذكر في الاصل كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف و بظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس فقال عند أبي حنيفة لا يجوز الوقف وليس كما ظن بل هو جائز عند الكل الخ و يؤيده ما نقله في الاختيار شرح المختار حيث قال واجتمعت الامة على جواز أصل الوقف لما روى انه عليه الصلاة والسلام تصدق بسبع حوائط في المدينة وكذلك الصحابة رضي الله عنهم وقفوا والخليل عليه السلام وقف وقوفا وهي باقية جارية الى يومنا انتهى (قوله وعندهما حبس العين الخ) وعليه الفتوى در عن ابن الكمال وابن الشحنة لما في اصل صحة الوقف ما روى عن ابن عمر ان عمر اصاب أرضا بخيبر فقال يا رسول الله اصبت أرضا بخيبر لم اصب مالا قط انفس عندي منه فما تأمرني فقال ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر على ان لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربى والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول عيني وقوله غير متمول يعني يكتفي بما يأكل ولا يكتسب به المال بالبيع لنفسه وهو نظير الغازي في طعام الغنيمة يباح له أن يتناول بقدر حاجته و لا يتمول ذلك بالبيع والاقراض (تتمة) الارض التي أصابها عمر تدعى ثمغ وكان نخلا نفيسا بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة ذكر الشيخ حافظ الدين انه بلا تنوين للعلمية والتأنيث وجوز الاتقاني التنوين وعدمه كما في دعدقال العلامة نوح أفندي وهذا هو الموافق لما في كتب النحو من ان

ولذا ذكره بعد الشركة وهو في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وفي الشرع (هو حبس العين على ملك الواقف) أي قصره عليه لا يتجاوزه الى ملك غيره (والتصدق بالمنفعة) على الفقراء أو على وجه من وجوه الخير عند أبي حنيفة فيرجع فيه ويباع ويوهب ويورث وعندهما حبس العين

المؤنث المعنوى اذا كان ساكن الوسط جاز فيه الصرف وعدمه (قوله على حكم ملكه تعالى) فائدة زيادة لفظ الحكم الاشارة الى ان المخلوقات بأسرها محبوسة على ملك الله تعالى دائما بحيث لا يكون للمخلوق تصرف سوى المنفعة (قوله فيزول ملك الواقف عنه) ومافى الدرر تبعا للهداية من زيادة قوله الى الله تعالى على وجه يعود نفعه على العبد تعقبه نوح افندى بأنه لو اقتصر على قوله فيزول ملك الواقف عنه على وجه تعود منفعته الى العباد وترك قوله الى الله تعالى لكان أولى لان ملك الله سبحانه وتعالى فى الاشياء لم يزل قط ولا يزال (قوله والملك يزول بالقضاء الخ) أى من قاض يرى لزومه فالتقييد بالقضاء للاحتراز عن الحكم فلا يلزم بحكمه فى الصحيح زيلعى معللا بان للقاضى أن ينقض حكمه وطريق الحكم فيه أن يسلم الوقف الى المتولى ثم يرجع فيه الواقف بحكم انه غير لازم فاذا ترافعا الى الحاكم وحكم بانقطاع ملكه عن الوقف لزم بالاجماع لانه فصل مجتهد فيه كسائر المجتهدات ولا يشترط لقبول البينة التى تشهد بالوقف سبق الدعوى در وانما احتيج الى القضاء لان لفظ الوقف لا ينبئ عن الاخراج عن الملك بخلاف المسجد فانه فى المسجد ينبئ عن الاخراج كذا ذكره شيخنا واعلم ان مجرد ما يكتبه الموثق فى آخر الصك من قوله وقد قضى قاض بصحة هذا الوقف ولزومه لا يرفع الخلاف لعدم الحكم بالفعل بقى أن يقال هل القضاء بالوقف يكون قضاء على الكافة فلا تسمع الا دعوى ملك أو وقف آخر أم لا أفتى أبو السعود مفتى الروم بالاول وبه جزم فى المنظومة المحبية ورجحه المصنف صونا عن الحيل لابطاله لكن نقل بعده عن البحر ان المعتمد الثانى وصححه فى الفواكه البدرية وبه افتى المصنف در ولا يشترط فى دعوى الوقف بيان واقفه على ماذكره فى الاسعاف معزيا للخانية ختام باب الشهادة على اقرار الواقف بحصة من الارض الفلانية الخ لكن تعقبه شيخنا بما فى التنوير وشرحه معزيا للبزازية من انه يشترط فى دعوى الوقف بيان الواقف فى الصحيح ولو الوقف قديما لئلا يكون اثباتا للمجهول (تتمة) عبر عن اللزوم بزوال الملك حيث قال والملك يزول بالقضاء لانه يستلزمه فيكون كناية وهى ابلغ من التصريح ومنه يعلم سقوط ماذكره عزمى زاده من التصويب واعلم ان الكناية ذكر الملزوم لينتقل منه الى اللازم عند القزوينى وعند السكاكى ذكر اللازم لينتقل منه الى الملزوم فعلى الاول زوال الملك ملزوم ذكر لينتقل منه الى اللازم الذى هو اللزوم وعلى الثانى لازم ذكر لينتقل منه الى الملزوم الذى هو اللزوم ورجح مذهب القزوينى بما هو مذكور فى محله نوح افندى (قوله وعند أبى يوسف يزول بمجرد الوقف لانه اسقاط ملكه لله تعالى فصار كالعتق زيلعى وفى الجوهرة وعليه الفتوى وفى الدرر وصدر الشريعة وبه يفتى وأقره مصنف تنوير الابصار فى شرحه وفى البحر والاخذ بقول الثانى احوط وأسهل (فرع) اشترى عقارا أو عبدا فوقفه او اعتقه ثم وجد به عيبا رجع بنقصان العيب كذا فى حاشية الاشباه للبيرى (قوله وعند محمد به وبالتسليم) لانه صدقة فيكون التسليم من شرطه ولان التمليك من الله تعالى لا يتحقق قصدا لانه مالك للاشياء ولكنه يثبت فى ضمن التسليم الى العبد كما فى الزكاة وغيرها من الصدقات المنفذة قال العينى و به يفتى مشايخ بخارى وهو أقرب الى موافقة الآثار انتهى ولابى حنيفة قوله عليه السلام لعمر احبس اصلها وسبل ثمرتها أى احبسه على ملكك وتصدق بثمرتها الان غرضه التصدق بغلته ولا يتصور الا اذا بقى الاصل على ملكه والا لكان مسبلا جميعا وما روياه لا يدل على لزومه ولهذا أراد عمر ان يبيع ذلك بعد موت النبى صلى الله عليه وسلم ثم كره أن ينقض ما كان بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم فتركه ذكره الطحاوى الخ الزيلعى فارادته النقض دليل على عدم لزومه الا انه اذا حكم به حاكم ممن يرى لزومه يلزم لانه فصل مجتهد فيه كما سبق (تتمة) رجح بعض العلماء قول الامام بأمرين أحدهما ان دوام الصدقة عن الواقف بمنفعة الموقوف يقتضى بقاء ملك الواقف فيه اذ لا تصدق بلا ملك والثانى ان القول بزوال ملك الواقف عن الموقوف الى الله تعالى يقتضى أن لا يكون ملك الله ثابتا فيه قبل الوقف وهذا باطل لان ملك الله ثابت قبل الوقف وبعده لان ملكه فى الاشياء لم يزل قط ولا يزال كما مر نوح أفندى (قوله ولا يتم الوقف حتى يقبض) أطلق القبض

على حكم ملكه تعالى فيزول ملك الواقف عنه (والملك يزول بالقضاء لا الى مالك) أى لا ينتهى الى يد مالك وقال الشافعى يدخل فى ملك الموقوف عليه فى أحد قوليه وعند أبى يوسف يزول بمجرد الوقف وعند محمد به وبالتسليم (ولا يتم الوقف (حتى يقبض) المتولى

ولم

ولم يقيده بالمتولي لان تسليم كل شئ بما يليق به ففي المسجد بالافراز وفي غيره بنصب المتولي درعن ابن الكمال وهذا شروع في شروطه الخاصة عند محمد وقد علمت انها أربعة وهذا لا ينافي ماذكره أولا بقوله والملك يزول بالقضاء الخ لانه أشار الى بيان مسئلة اجماعية هي ان الملك بالقضاء يزول اما اذا خلا عن القضاء فلا يزول الا بعد هذه الشروط عند محمد اختاره المصنف تبعا للعامة المشايخ وعليه الفتوى وكثير من المشايخ اختار واقول أبي يوسف وقالوا ان عليه الفتوى قال في النهر وبهذا التقرير اندفع ما في البحر كيف مشى أولا على قول الامام وثانيا على قول غيره وهذا مما لا ينبغي يعني في المتون الموضوعة للتعليم انتهى وفي فتاوى الغزي ليس للواقف الرجوع عن الوقف الذي لم يحكم بصحته ولزومه على ما هو المفتى به فان رجع وحكم حاكم بصحة الرجوع صح لتأيده بالحكم حموي وذكر في النهر انه لو قضى ببيعه قبل الحكم بلزومه قاض حنفي كان باطلا وما أفتى به قارى الهداية محمول على القاضي المجتهد الخ (تتمة) بقي من الشرائط أن يكون الواقف حرا عاقلا بالغا فلا يصح وقف العبد الا اذا أذن له مولاه وكان غير مستغرق فان مستغرقا لا يصح وان أذن مع الغرماء كذا في اجابة السائل لصاحب النهر اختصار انفع الوسائل للطرسوسي وكذا وقف المحجور عليه باطل الا أن يأذن له القاضي كما في فتاوى أبي الليث وقال ابو القاسم لا يجوز وان أذن القاضي ورجحه في أنفع الوسائل لكن ينظر وجه عدم صحة الوقف من العبد المستغرق بالدين اذا أذن له المولى والغرماء لان الظاهر الصحة حيث كان باذنهم فليحرر ولا من الصبي أو المجنون وان يكون غير مجهول فلو وقف من أرض شيئا ولم يسمه كان باطلا كما في البحر وكذا لو وقف هذه الارض أو هذه وان يكون مالكا للموقوف بعده قال في الاسعاف وان يكون قربة في ذاته وعند المتصرف وأن يكون عقارا أو منقولا تبعا له انتهى كلام اجابة السائل والظاهر ان الصواب ابدال بعده من قوله وأن يكون مالكا للموقوف بعده بقبله لما تقرر من ان وقف المعدوم باطل بخلاف الوقف على المعدوم وقوله او منقولا تبعا له يفيد ان وقف البناء بدون الارض المملوكة لا يصح وهو خلاف ما عليه الفتوى درعن قارى الهداية وكذا يجوز وقف البناء وان كانت الارض وقفا لجهة أخرى وهو الصحيح درأيضا عن المنظومة المحبية وكذا لو كانت الارض وقف الغير واقف البناء درأيضا عن جواب ابن نجيم اما لو كانت الارض وقفا على الجهة التي عين البناء لها فانه يجوز اجماعا تنوير وبهذا التقرير تعلم ان ما ذكروه من عدم صحة وقف الخلو انما هو تفريع على اشتراط كون الوقف عقارا ثم حقيقة الخلو على ما قاله الاجهوري المالكي انه اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي دفع الدراهم في مقابلتها انتهى قال الحموي في حاشية الاشباه وظاهره سواء كانت تلك المنفعة عمارة كان يكون في الوقف اماكن آلت الى الخراب فيكريها ناظر الوقف لمن يعمرها ويكون ما صرفه خلواله ويصير شريكا للواقف لما زادته عمارته مثلا لو كانت الاماكن قبل العمارة تكرى بنصف كل يوم وصارت بعدها تكرى بثلاثة انصاف فيكون صاحب الخلو شريكا بالثلث والثلثين فاذا احتاجت تلك المحلات الى عمارة كان على الوقف في تلك الصورة الثلث وعلى صاحب الخلو الثلثان أو كانت المنفعة غير عمارة كوقيد مصباح مثلا انتهى ويتفرع على اشتراط كونه مملوكا ما في النهر غصب ارضا فوقفها ثم اشتراها لا يكون وقفا اما لو اجازه المالك جاز وهذا وقف الفضولي انتهى فاذا جاز وقف الغاصب باجازة المالك فكذا وقف العبد المستغرق بالدين حيث كان باذن المولى والغرماء وكذا يتفرع على اشتراط الملك في العقار ما أجاب به شيخنا من عدم جواز بناء مسجد في حريم نهر غير مملوك حين سئل هل لقاض آخر نقل اوقاف مسجد خرب الى آخر بعد نقل القاضي الاول الى مسجد قريب وهل يصح نقل الوقف الى مسجد بني في حريم نهر فقال لا يصح النقل الثاني بعد نقل القاضي الاول الى أقرب مسجد لخلوه عن المصلحة أخذا من قول الاشباه تصرف القاضي فيما له فعله في أموال اليتامى والتركات والاوقاف مقيد بالمصلحة فان لم يكن مبنيا عليها فلا انتهى لا سيما اذا كان النقل الى مسجد بني في حريم نهر غير مملوك فانه لا يصح الحكم باحترامه ولا يستحق الامام ونحوه

شيئاً من المعلوم ولا الوقف على اقامة الشعائر فيه باجماع المذاهب كما في فتاوى الشمس الغزي ووجهه ان حريم النهر الحق فيه عم حتى سقي الدواب ونصب الرحى ان لم يخف تخريب النهر بكثرة البقر او ضرر العامة لان الانتفاع بالمباح انما يجوز اذا لم يضر بأحد كما سيجيء في الشرب اهـ فوجه المنع من بناء المسجد في حريم النهر تضرر العامة بخلاف بناء المسجد في الطريق فانه لا بأس به اذا كان لا يضر بالطريق لان الطريق للمسلمين والمسجد لهم ذكره ابن الشحنة رحمه الله تعالى في رسالته المتعلقة بما يجوز احداثه في الطريق وما لا يجوز ولا بد وان يكون منجزاً حتى لو علقه بموته كاذا مت فقد وقفت داري على كذا الا ان ولى ملكه به وهو الصحيح كما في الهداية قال في النهر وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف وهو لا يقبل التعليق قال شيخنا والحاصل انه اذا علقه بموته كاذا مت فقد وقفت داري على كذا فالصحيح انه وصية وله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته انتهى ومن الشرائط عدم اشتراط بيعه وصرف ثمنه الى حاجته في المختار نهر وبحر عن البزازية ولهذا قال هلال الوقف لا يكون الا بتاً لا مثنوية فيه انتهى ومعنى لا مثنوية أي لا رجوع ومن هنا تعلم ما في كلام بعضهم مما ظاهره ان ما في البزازية غير مرجح بقي ان يقال يشترط للنفاذ من كل المال أن يكون صحيحاً فلو كان مريضاً نفذ من ثلث المال بشرط عدم الدين وكذا المريض اذا اقر بوقف ولم يبين انه منه او من غيره جاز من الثلث كما في منية المفتي واما المريض المدين الذي احاط الدين بماله اذا وقف في المرض ينقض وقفه ويباع للدين بخلاف الصحيح المديون فان وقفه لا ينقض بالاتفاق حيث كان قبل الحجر نهر عن الفتح وفي الدر عن فتاوى ابن نجيم وبطل وقف راهن معسر ومريض مديون بمحيط بخلاف صحيح لو قبل الحجر فان شرط وفاء دينه من غلته صح وان لم يشرط يوفى من الفاضل عن كفايته بلا سرف ولو وقفه على غيره فغلته لمن جعله له خاصة انتهى قال وغير المحيط يجوز من ثلث ما بقي بعد الدين ثم استدرك على ما سبق من تقييد المديون بالمريض فقال لكن في معروضات المفتي ابي السعود سئل عن من وقف على أولاده وهرب من الديون هل يصح فأجاب لا يصح ولا يلزم والقضاة ممنوعون من الحكم وتسجيل الوقف بمقدار ما شغل بالدين انتهى ومنه يعلم ان ما سبق عن النهر معزياً للفتح من دعوى الاتفاق على صحة وقف المديون اذا كان صحيحاً حيث كان قبل الحجر غير مسلم ثم رأيت بخط شيخنا عن الفوائد البدريه لابن الغرس الدين المحيط بالتركة مانع من نفوذ الاعتاق والايقاف والوصية بالمال والمحاباة في عقود العوض في مرض الموت الا باجازة الدائنين وكذا يمنع من انتقال الملك الى الورثة فيمتنع تصرفهم الا باجازة انتهى قال وان خرج البعض من الثلث قدم الاعتاق كما في آخر الاشباه (تكميل) من فروع الوقف في المرض ما ذكره في اجابة السائل حيث قال ولو لم يكن له وارث الا زوجته وقد وقف أرضه فيه ان اجازته فلا كلام والا فينبغي ان لها السدس والباقي وقف قاله الشيخ الاخ واستدل عليه بما في البزازية مات ولم يدع الا امرأة واحدة وأوصى بكل ماله لرجل ان اجازت فكل المال له والا فالسدس له والخمسة الاسداس له لان الموصى له يأخذ الثلث اولا ويبقى اربعة فأخذت الربع منها والباقي له فحصل له خمسة من ستة ولا شك انه في مرض الموت وصية اهـ ومن فروع الوقف في المرض ما ذكره في الاسعاف وقف على بعض ورثته ثم من بعدهم على المساكين وهو يخرج من الثلث يتوقف على اجازة البقية فان اجازوه تقسم غلته على ما شرط والا تقسم بينهم وبين سائر الورثة على قدر ميراثهم منه وكل من مات منهم عن ورثة ينتقل سهمه الى ورثته ما بقي احد من الموقوف عليهم فاذا انقرض الموقوف عليهم تكون الغلة للمساكين وحكم ما يبقى عند عدم خروجه كله من ثلث التركة كحكم خروجه كله ولو وقفه على أولاده وأولاد أولاده ونسلهم بالسوية بينهم ثم على المساكين وهو يخرج من الثلث وكانت أولاده ونافلته ذكوراً واناثاً وكان له زوجة وأبوان فان اجازت الورثة كانت الغلة بين الموقوف عليهم على ما شرط والا قسمت على عدد ولده لصلبه وعلى عدد نافلته فما أصاب ولد الصلب يعطى منه لزوجته وابويه ثمنه وسدساه ويقسم الباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه في المرض

كالوصية

كالوصية وهي لا تجوز لوارث دون وارث وأما أصحاب النافلة كان لهم خاصة يقسم بينهم بالسوية كما شرط الواقف وقد ذكرنا حكم من مات من ورثته عن وارث وتبقى القسمة على هذا ما بقي من ولد الصلب احد فاذا انقرضوا تكون الغلة كلها للنافلة على ما شرطه الواقف لجوازه عليهم عند وجود أولاد الصلب ويسقط ما كان يعطى لزوجته وأبويه لانهم ليسوا بموقوف عليهم وانما أعطيناهم مما أصاب أولاد الصلب فرائضهم لوقفه في المرض على بعض ورثته دون بعض وانه لا يجوز الخ (تتمة) سئل عن وقف شرط لناظره انه يرتب من يدرس للعلم كل يوم ما معنى يرتب أجاب السيد الحموى معناه انه يستأجر عالما يقرأ العلم بأجر معلوم لانه يقرره بناء على جواز الاستئجار لقراءة العلم وعليه الفتوى انتهى وقوله لانه يقرره يفيد عدم جواز احداث الوظائف بالاوقاف وبه صرح في الاشباه وما اعترض به بعضهم على صاحب الاشباه من انه فعل ذلك حين كان مدرسا بصرغتمش ولا يعلم له سند في حله أجاب عنه السيد الحموى بان وقف صرغتمش وغيره من الوزراء والامراء والملوك من بيت مال المسلمين فهو وقف صورى وقد أفتى المولى أبو السعود بانه لا يراعى شروطها لانها من بيت المال أو ترجع اليه بان كان الواقف رقيق بيت المال في عتقه نظر فيجوز الاحداث اذا كان المقرر في الوظيفة من مصارف بيت المال انتهى واعلم ان عدم جواز الاحداث يعني في الاوقاف الحقيقية مقيد بعدم الضرورة كما في فتاوى الشيخ قاسم اما ما دعت الضرورة اليه واقتضته المصلحة كخدامة الربعة الشريفة وقراءة العشر والجباية وشهادة الديوان فيرفع الى القاضي وتثبت عنده الحاجة فيقرر من يصلح لذلك ويقرر له اجر مثله أو يأذن للناظر في ذلك قال الشيخ قاسم والنص في مثل هذا في الفتاوى الولوالجية انتهى ثم رأيت بخط شيخنا عن ابن الشحنة ان ما يأخذ الفقهاء من المدارس لا اجرة لعدم شرط الاجارة ولا صدقة لان الغني يأخذها بل اعانة لهم في حبس انفسهم للاشتغال حتى لو لم يحضر المدرس بسبب اشتغال أو تعليق جاز أخذه الخ وقوله لا اجرة أي محضة فلا ينافي ما ذكره في الاشباه من ان الجامكية في الاوقاف لها شبه الاجرة وشبه الصلة وشبه الصدقة فيعطى كل شبه ما يناسبه فاعتبرنا شبه الاجرة في اعتبار زمن المباشرة وما يقابله من المعلوم والحل للاغنياء وشبه الصلة في اعتبار انه اذا قبض المستحق المعلوم ثم مات لا يسترد حصة ما بقي من السنة وشبه الصدقة لتصحيح أصل الوقف فانه لا يصح على الاغنياء ابتداء فاذا مات المدرس في اثناء السنة قبل مجيء الغلة وقد باشر مدة ينبغي ان ينظر الى مدة مباشرته ومباشرة من جاء بعده وينظر كم يكون للمدرس المنفصل والمتصل الخ وهذا صريح في عدم سقوط المعلوم بموته وذكر قبل هذا ما حصله ان الامام أو المؤذن اذا مات قبل الاستيفاء سقط لانه في معنى الصلة وقيل لا يسقط لانه كالاجرة ذكره في الدرر وجزم في البغية بانه يورث بخلاف رزق القاضي الخ ثم رأيت بخط شيخنا ما حصله ان الخلاف في السقوط وعدمه بالنسبة لموت صاحب وظيفة كالامام والمدرس ونحوهما بخلاف الوقف على الاولاد حيث لا يسقط نصيب من مات منهم بل يورث عنه قولا واحدا قال شيخنا ويستحق الغلة من كان منهم موجودا وقت خروجها واعتبار الادراك قول بعض المشايخ واعتبار خروجها هو قول هلال وصاحب الهداية وهو أقرب الى اقاويل الاصحاب واعدل كما في انفع الوسائل وذكر قبله باوراق انه يدخل في القسمة كل من ولد لاقل من ستة اشهر من وقت طلوع الغلة ولا يدخل فيها من ولد لاكثر منها الا ان يكون وقف على ولد نفسه فجاءت له امرأته أو أم ولده بولد لاقل من سنتين فانه يكون له حصة من تلك الغلة ومثله في الاسعاف وافاد بمفهومه ان امرأته أو أم ولده لو جاءت به لتمام سنتين أو اكثر منهما من وقت طلوع الغلة لا يكون له حصة في هذه وانما يكون له في الغلة المستقبلة فصار يوم حدوث الغلة هو وقت وجوب الحق كيوم موت الموصي في حق وجوب الملك للموصى له في الوصية ومن مات منهم بعد طلوعها وانعقادها ورث عنه ورثته نصيبه كما في الاسعاف وانفع الوسائل عن الخصاف انتهى ملخصا بقي ان يقال ما سبق من ان أوقاف الوزراء ونحوهم لا تراعى شروطها ليس على اطلاقه بل بالنسبة لما اذا لم يثبت لهم الملك ولهذا ذكر

الشيخ زين في رسالته التحفة المرضية في الاراضي المصرية ان الواقف لها لا يخلو اما ان يكون مالكا لها في الاصل بان كان من أهلها حين من الامام على أهلها أو تلقى الملك من مالكها أو غيرهما فان كان الاول فلا خفاء في صحة وقفه الى ان قال وان وصلت الارض الى الواقف بالشراء من بيت المال فان وقفه صحيح وتراعى شروط وقفه سواء كان سلطانا أو أميرا أو غيرهما وذكر قبل هذا ان السلطان اذا أراد ان يشتريها لنفسه أمر البائع بان يبيعها من غيره ثم يشتريها من المشتري فانه ابعد من التهمة الخ فعليك بمراجعتها فانها مشتملة على فوائد مهمة (قوله ويفرز) وهو قول محمد أيضا احترز به عن المشاع فانه لا يجوز وقفه وعند أبي يوسف يجوز لان القسمة من تتمة القبض وأصل القبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته والخلاف في مشاع يحتمل القسمة ولهذا قال العيني واما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضره الشيوع كالصدقة والهبة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع مطلقا أي فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل لان المهايأة فيهما من اقبح ما يكون بان يدفن فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويتخذ مسجدا للصلاة في وقت واصطبلا في وقت آخر بخلاف الوقف فان استغلاله وقسم الغلة ممكن فلا يمنع الشيوع صحة الوقف فيما لا يحتمل القسمة عند محمد ولا فيما يحتمله أيضا عند أبي يوسف انتهى ومنه يعلم ما سيأتي في كلام الشارح من الخلل وتذكير الضمير العائد على القسمة في كلام العيني لتأويلها بالافراز (قوله ويجعل آخره لجهة لا تنقطع) عند محمد لان مطلقه يحتمل التوقيت فلا بد من التنصيص على جهة لا تنقطع عنده والخلاف في غير لفظ صدقة (قوله عند محمد) وكذا عند أبي حنيفة لا بد من ذكر ما يدل على التأبيد كما في الزيلعي والعيني ويخالف هذا ما نقل عن المحيط من جواز الوقف عند الكل بدون ذكر التأبيد الا عند يوسف بن خالد السمتي تلميذ أبي حنيفة والسمتي بفتح السين نسبة الى السمت والهيئة واعلم ان ما في الدرر من قوله واذا وقته بشهر او سنة بطل اتفاقا وعزاه الى الدرر ثم قال وعليه فلو وقف على رجل بعينه عاد بعد موته لورثة الواقف به يفتى وعزاه الى الفتح انتهى فيه خلل ظاهر ووجهه ان ما عزاه للفتح لا يصح تفريعه على ما قبله اذ عود الوقف الى ورثة الواقف بعد موته فرع جواز الوقف بناء على احدى الروايتين عن أبي يوسف ان التأبيد ليس بشرط كما سبق فكيف يصح تفريعه على ما قبله من انه اذا وقته بشهر او سنة بطل اتفاقا فلو حذف مسئلة الفتح واقتصر على قوله قلت وجزم في الخانية بصحة الوقف مطلقا وأقره الشرنبلالي لاستقام كلامه ليكون مقابلا لما مشى عليه مصنف التنوير تبعا للدرر من ان الوقف اذا كان موقتا يبطل اتفاقا (قوله وعند أبي يوسف يتم بمجرد الوقف) لان مطلقه ينصرف للتأبيد عنده فالخلاف في ذكر ما يدل على التأبيد اما نفس التأبيد فشرط باتفاقهما ولهذا اتفقا على عدم صحة الوقت الموقت فثمرة الخلاف تظهر فيما لو كان الوقف غير موقت ولم يذكر التأبيد ولا ما يدل عليه كما لو وقف على جهة تنقطع فان الوقف يجوز عند أبي يوسف وعند محمد يبطل وفي كون نفس التأبيد شرطا باتفاقهما نظر سيأتي وجهه (قوله حتى اذا سمى جهة تنقطع جاز الخ) وهو الصحيح زيلعي (قوله وصار بعدها للفقراء) هذا على احدى الروايتين عن أبي يوسف وهي رواية البرامكة ونقل الناطفي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف اذا وقف على رجل معين جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف وعليه الفتوى قال العيني فتحصل عنه روايتان والرواية الاخرى ما عزاه في النهر الى أبي يوسف من انه اذا وقف على نسل زيد وذكر جماعة باعيانهم لا يصح عند أبي يوسف أيضا لان تعيين الموقوف عليه يمنع ارادة غيره بخلاف ما اذا لم يعين الخ وينبني عليه ما ذكره في النهر أيضا معزيا للاسعاف من صحة الوقف اذا اقتصر على قوله أرضي هذه موقوفة بخلاف ما لو زاد على ولدي حيث لا يصح لان مطلق قوله موقوفة ينصرف الى الفقراء عرفا فاذا ذكر الولد صار مقيدا فلا يفيد العرف الخ فعلى هذا يكون عن أبي يوسف ثلاث روايات في الوقف على معين اذا لم يذكر بعده جهة لا تنقطع في رواية لا يصح الوقف ورجحها في النهر حيث جعل القول بالصحة مبنيا على عدم اشتراط التأبيد

(ويفرز ويجعل) الواقف (آخره لجهة لا تنقطع) عند محمد وعند أبي يوسف يتم بمجرد الوقف حتى اذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم عنده

قال

قال وهو رواية عنه ضعيفة وفي رواية أخرى يصح الوقف واذا مات الموقوف عليه يرجع الوقف لورثة الواقف ورجحه في الفتح وغيره كالناطفي والرواية الثالثة هي التي اقتصر عليها الشارح بقوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم ومن هنا تعلم ان ما قيل من ان الخلاف في ذكر التأبيد أما التأبيد نفسه فشرط باتفاقهما كما قدمناه غير مسلم (قوله وصح وقف العقار) وهو الارض مبنية أو غير مبنية ويدخل البناء تبعا كما في الفتح وفي القاموس العقار الضيعة قال في النهر وهو المناسب لقوله ببقره وأكرته ثم ان كانت الدار مشهورة لم يحتج الى تحديدها ويدخل في وقف الارض الشرب والطريق وكل شجرة لا تقطع في سنة كاصول الباذنجان وقصب السكر دون الثمرة القائمة وقته وان لم تؤكل كالرياحين الا انه يلزمه التصدق بها على وجه النذر استحسانا لا على وجه الوقف ولو جعل أرضه مقبرة وفيها أشجار فلورثته قطعها وصح وقف القن على مصالح الرباط ونفقته وجنايته في مال الوقف ولو قتل عمدا لا قود فيه بل تجب قيمته ليشترى بها بدله ولا يجوز تزويج عبد الوقف ولو من أمة الوقف وأما الامة فالظاهر ان المتولي لا يملك تزويجها الا بأمر الحاكم ولو وقف عقارا على مسجد ومدرسة قبل بنائهما فالصحيح الجواز وتصرف غلته الى الفقراء الى ان يبنى فاذا بني ردت اليه الغلة أخذا من الوقف على أولاد فلان ولا أولاد له حكموا بصحته وتصرف غلته الى الفقراء الى ان يولد لفلان فتح وان رمت المزيد على ذلك فعليك بالبحر واعلم ان ما سبق من ان كل شجرة لا تقطع في سنة تدخل في الوقف موافق لما في النهر ويخالفه ما في البحر حيث اشترط ان يكون مما لا يقطع الا بعد عامين أو اكثر (قوله جمع أكار) عبيده الحراثون كما في النهر عن الفتح وهو أحسن مما ذكره الشارح والعيني من ان الاكار هو الزراع أو الفلاح لانه يوهم ثبوت الملك في الفلاحين الاحرار كما هو اعتقاد بعض غلاة الملتزمين حتى سمعت من شيخنا انه دخل يوما على القاضي فوجد عنده شخصين يتنازعان في فلاح كل يدعي انه فلاحه فسمع القاضي الدعوى وطلب البينة من المدعي ليمكنه من أخذ الفلاح فقال له شيخنا هذه الدعوى لا تسمع لان الفلاح حر يسكن أين أحب ولا يجبر على السكنى عند واحد منهما وان ثبت بالبينة انه فلاحه لان الحر لا يملك (قوله وعند أبي حنيفة لا يجوز) وهو القياس لان التأبيد من شرطه وجه الاستحسان انهما تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود ولهذا يدخل البناء في وقف الارض تبعا وقال الولوالجي في فتاواه رجل وقف بقرة على رباط على ان ما خرج من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل جاز ان كان في موضع تعارفوا ذلك لمكان العرف كالسقاية عيني ووجه التنظير بالسقاية ان بناءها لا يتأبد ودخل في الوقف تبعا لارضها (قوله وصح عندهما وقف مشاع الخ) اعلم ان الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع صحة الوقف بلا خلاف وفيما يحتملها اختلفوا قال ابو يوسف لا يمنع ومحمد يمنع قلت الا اذا اتحد المتولي كارض بين رجلين وقفاها على بعض الوجوه وسلماها الى وال يقوم عليها فانه يصح لان المانع من تمام الصفقة شيوع في المحل المتصدق به كما اذا اختلف متوليها ولا شيوع هنا كذا في الفتح وصورها في الاسعاف بأن يتصدقا بها جملة ويدفعاها معا الى المتولي والظاهر ان ايقافهما جملة ليس بشرط انما الشرط اتحاد المتولي ولو اختلفا جهة ووقتا واتحد زمان تسليمهما لما أو قال كل منهما للقيم اقبض نصيبي مع نصيب صاحبي جاز اتفاقا لانهما صارا كمتول واحد وفصل في الطارئ بين ان يكون معينا فيصح فيما بقي أو شائعا كما اذا استحق نصف شائع فيبطل فيما بقي كذا بخط شيخنا عن اجابة السائل لانه باستحقاق النصف شائعا تبين ان الوقف كان شائعا بخلاف ما اذا وقف في مرضه ثم مات ولم يخرج من الثلث ورجعت الورثة في البعض شائعا حيث لا يبطل الوقف لان الشيوع طرأ بعد الصحة في الكل اذ المتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث انما هو اللزوم فقط (قوله قضى بجوازه) قيد بالقضاء لانه لا يصح وقف المشاع بغير قضاء عند محمد وعليه الفتوى خلافا للثاني حموي عن العلامة قاسم ومنه يعلم سقوط ما ذكره بعضهم من التنظير (قوله أي فيما لا يقسم) في تقييده صحة وقف المشاع الذي قضي بجوازه بما لا يقسم نظر لان وقف الذي لا يقسم كالحمام

(وصح وقف العقار ببقره) اي مع بقره (وأكرته) جمع أكار وهو المزارع وكذا سائر آلات الحراثة عندهما (و) صح وعند أبي حنيفة لا يجوز (و) قضى بجوازه عندهما وقف (مشاع) فيما لا يقسم وأما فيما يقسم فيجوز عند أبي يوسف ولا يجوز عند محمد (و) صح وقف (منقول

وازهي صحيح اتفاقا لا يحتاج الى القضاء بالصحة والذي يحتاج الى القضاء بالصحة لرفع الخلاف فهو الذي ذكره بعد وهو المشاع الذي يقبل القسمة وعليه يحمل كلام المصنف لا على ما لا يقبلها كما علمت فالصواب حذف لا وقوله وأما فيما يقسم فيجوز عند أبي يوسف الخ غير مستقيم أيضا والظاهر ان يقال وان لم يقض به يجوز عند أبي يوسف ولا يجوز عند محمد كذا ذكره شيخنا (قوله فيه تعامل) كفاس وقدوم ودراهم ودنانير كذا في التنوير وهذا قول محمد وعليه الفتوى در عن الاختيار فاستفيد ان وقف الدراهم والدنانير من قبيل وقف المتعامل وهكذا يستفاد من عبارة الزيلعي والعيني وعلى هذا فالتعامل في جميع البلاد ليس بشرط ومنه يعلم سقوط ما ذكره في النهر بحثا حيث قال ومقتضى ما مر عن محمد عدم جواز ذلك في الاقطار المصرية لعدم تعارفه بالكلية نعم وقف الدراهم والدنانير تعورف في الديار الرومية انتهى على انه في شرح ملتقى الابحر للعلائي ذكر بعد قول المتن وكذا المنقول المتعارف وقفه عند محمد فقال وكذا غير المتعارف أيضا عند محمد كما في شرح الوهبانية عن الزاهدي عن السير الكبير وتبعه الشرنبلالي وأقره القهستاني ثم قال فعلى ما مر عن الزاهدي لا يحتاج لرواية الانصاري عن زفر وقد ورد أمر شريف للقضاة بالحكم به كما في معروضات المفتي أبي السعود انتهى ومن هنا يعلم ان ما أفتى به بعضهم من ان القول بجواز وقف الدراهم ضعيف لكونه محكيا عن زفر غير صواب (قوله يعني جرت العادة بوقفه) لقوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان التعارف أقوى من القياس فيترك به القياس كالاستصناع (قوله مصحفا) في الخلاصة وقف مصحفا على أهل مسجد ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ فيه في ذلك الموضع وذكر في موضع آخر ولا يكون مقصورا على هذا المسجد كذا في النهر وباقي الكلام فيه (قوله أومرا) المر بفتح الميم وتشديد الراء المهملة ما يعمل به الطين يقال له بالفارسية بيل كذا بخط شيخنا عن السيواسي وبالعربية مسحاة (قوله أو مراجل) جمع مرجل بكسر الميم وسكون الراء المهملة وفتح الجيم قدر من نحاس كذا بخط شيخنا عن السيواسي فعطفه على القدر من عطف الخاص على العام وكان الصواب ابدال أو بالواو لان عطف الخاص على العام مخصوص بالواو وحتى (قوله أوكراعا) الكراع بالضم في الغنم والبقر كالوصيف في الفرس والبعير وهو مستدق الساق يذكر ويؤنث والجمع اكراع ثم أكارع وفي المثل أعطى العبد كراعا فطلب ذراعا لان الذراع في اليد وهو أفضل من الكراع في الرجل والكراع اسم يجمع الخيل مختار الصحاح (قوله وعليه عامة المشايخ استحسانا) والقياس ان لا يجوز في الكل لعدم التأبيد (قوله وعن أبي يوسف الخ) في الزيلعي وعند أبي يوسف (قوله في غير الكراع والسلاح) لورود السمع فيهما (قوله ولا يملك) ولا يرهن فلو سكنه المشتري أو المرتهن ثم بان انه وقف لزم أجر المثل وان لم تكن الدار معدة للاستغلال وكذا يلزمه أجر المثل اذا سكنه المتولي بلا أجر وسكن بلا اذن من المتولي أو الواقف أو استأجرها من المتولي بدون أجر المثل بما لا يتغابن فيه كان عليه أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا أجره اجارة فاسدة كذا في فتاوى الشيخ قاسم واراد بالاجارة الفاسدة ما اذا كان الفساد فيها من وجه آخر كعدم بيان المدة والا فالنقص عن أجرة المثل اذا كان فاحشا يقتضي الفساد أيضا وفي حاشية السيد الحموي من الغصب نقلا عن حاشية الشيخ قاسم على شرح المجمع ان ما صححه في المحيط من وجوب الأجر على المشتري اذا بان انه وقف أولى من تصحيح العمدة انه لا أجر عليه الخ ثم اعلم ان في قول المصنف ولا يملك ايماء الى عدم جواز الاستبدال فيوافق ما نقل عن السرخسي وصدر الشريعة وظهير الدين كان يفتي بجوازه ثم رجع وقد سئل قارئ الهداية عن الاستبدال هل هو قول أبي حنيفة أو احد من أصحابه فأجاب بانه اذا تعين بأن كان الموقوف لا ينتفع به وثم من يرغب فيه ويعطي بدله أرضا أو دارا لها ريع يعود نفعه الى جهة الوقف فالاستبدال في هذه الصورة قول أبي يوسف ومحمد وان كان للوقف ريع وامكن استبداله بما يكون أكثر ريعا منه في صقع أحسن من صقع الوقف جاز عند القاضي أبي يوسف والعمل عليه والا فلا يجوز اه

فيه تعامل) يعني جرت العادة بوقفه مطلقا سواء كان مصحفا أو فاسا أو مرا أو قدوما أو منشارا أو جنازة وثيابها أو قدورا أو مراجل أو كراعا وسلاحا وعليه عامة المشايخ استحسانا عند محمد وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في غير الكراع والسلاح (ولا يملك)

قال في النهر ورأيت بعض الموالي يميل الى هذا و يعتمده وأنت خبير بأن المستبدل اذا كان قاضي الجنة فالنفس به مطمئنة فلا يخشى الضياع ولو بالدراهم والدنانير وفسروا قاضي الجنة بذي العلم والعمل وفي البحر عن المحيط لو ضاع الثمن من المستبدل لا ضمان عليه لكونه أمينا كالوكيل بالبيع اه وفيه عن فتح القدير لو باع وقبض الثمن ثم مات مجهلا يكون ضامنا انتهى ثم اعلم ان البعض جوزوا بيع بعض الوقف اذا خرب لعمارة الباقي والاصح انه لا يجوز فان الوقف بعد الصحة لا يقبل الملك كالحر لا يقبل الرقبة صدر الشريعة وكذا لا يجوز اجارة بعضه لها وانما تجب عمارته في بيت المال كما في انفع الوسائل (تتمة) تعدد الوقف واتحد الواقف والجهة بأن بنى شخص مسجدين وجعل لكل مسجد وقفا على حدته وضاق ريع أحد الوقفين فانه يصرف عليه من ريع الوقف الآخر لانهما كشئ واحد بخلاف ما اذا اختلف الواقف أو الجهة بأن بنى شخصان مسجدين أو شخص مسجدا ومدرسة كما في الدرر لكن فيه شئ يعلم بمراجعة عزمي زاده (فرع) استولى شخص على زاوية مدة من الزمن يلزمه أجر المثل مدة وضع يده كما في الفتاوى الخيرية (قوله بعد الصحة) أراد بالصحة النفاذ ولو عبر به لكان أولى (قوله ولا يقسم) أي الموقوف بين مستحقيه نهر فأفاد ان قسمته بين المالك والواقف لتمييز الوقف عن الملك جائزة عند الصاحبين كما في الدرر وسيأتي في كلام الشارح ما يفيده (قوله وان وقف على أولاده) لان حقهم في الغلة لا في العين فلو ان أحد الشريكين اشغل الوقف كله بالغلبة بدون اذن الآخر يلزمه أجر حصة الشريك سواء كان وقفا على سكناهما أو للاستغلال كما في النهر عن القنية بخلاف الملك المشترك حيث لا يلزم الاجر على الشريك اذا استعمله كله وان كان معدا للاجارة كما في النهر أيضا لان الدار المشتركة في حق السكنى وما كان من توابع السكنى تجعل كالمملوك لكل واحد من الشريكين على سبيل الكمال ضرورة ثبوت جواز انتفاع كل منهما والا تتعطل عليهما منافع ملكهما وانه لا يجوز شيخنا عن آخر فصول العمادي بقي ان يقال اذا وقف على أولاده مع مشاركة زوجته فماتوا أو لم يوجد والا يسقط حقها اذ بموت أحد الشريكين لا يسقط حق الآخر كما لو ماتت الزوجة وبقي الاولاد مع ان المشاركة منتفية فالقائل من أهل عصرنا بأيلولة الوقف للعتقاء وسقوط حق الزوجة غير مصيب لان استحقاق العتقاء مشروط بانقراض جميع من صدر بهم اذ الضمير في قوله فاذا انقرضوا كالضمائر قبله في قوله ثم من بعد كل منهم على أولاده الى آخره يعود على الجميع الشامل للزوجة وعلى فرض ان تكون المشاركة قيدا فلا وجه لاعتبارها والغاء ما ذكره بعدها من قوله يستقل به الواحد اذا انفرد الخ مع ما هو مصرح به في كتب المذهب كالخصاف وغيره من انها اذا وقعت المعارضة في شروط الواقفين فالتعويل على الاخير وهذا أعني ما ذكرناه من التعويل على الاخير تبعا لما ذكره الخصاف يبتني على تسليم تحقق المعارضة والا فالمعارضة منتفية لان انفهام التقييد من المشاركة بعد فرض تسليمه يبتني على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة في كلام الناس في ظاهر المذهب كالادلة كما في الاشباه من كتاب القضاء قال وما ذكره محمد في السير الكبير من جواز الاحتجاج به خلاف المذهب انتهى ثم رأيت بخط شيخنا ان العلامة قاسما استدل بكلام الخصاف على ان العمل بمفهوم المخالفة باطل قال واقره عليه في لسان الحكام واما مفهوم التصنيف فحجة ذكره الحموي وغيره كابن الشحنة معللا بأن المفهوم في كلام الاصحاب مقصود لا يقال يرد على عدم اعتبار مفهوم المخالفة قولهم شرط الواقف كنص الشارع في العمل والمفهوم والدلالة لانا نقول ليس المراد بالمفهوم مفهوم المخالفة بل ما يفهم من حيث المنطوق ثم رأيت في الخصاف ما هو نص في الحادثة حيث قال اوصى بأن يجرى لزيد وعمرو من ثلث ماله في كل شهر كذا من الدراهم لكل واحد منهما ما عاشا فمات احدهما لا تبطل وصية الباقي منهما بموت الآخر بل تبقى على حالها انتهى ملخصا وصرح بأن الوقف قياس الوصية فكما لا يسقط حق الباقي منهما بموت الآخر لعدم اعتبار مفهوم قوله ما عاشا فكذا لفظ المشاركة لا يعتبر مفهومه أيضا (تتمة) الوقف المشروط فيه ترتيب الطبقات ورد نصيب من يموت الى ولده الخ تنتقض القسمة فيه بانقراض الطبقة و يقسم الريع

بعد الصحة (ولا يقسم وان وقف على أولاده) أي اذا قضى قاض بجواز وقف الشاع ونفذ قضاؤه وصار متفقا عليه

على الموجودين من الطبقة الثانية بالسوية بينهم ويبطل شرط رد نصيب الميت الى ولده الخ فاذا مات واحد من البطن الثانى يعمل بهذا الشرط بأن يعطى نصيبه لولده وان سفل ان كان والا فلاخوته واخواته الخ وهكذا كلما انقرضت طبقة اخرى تنقض القسمة وتستأنف على رؤس الموجودين من الطبقة التى تلى المنقرضة ويبطل العمل بهذا الشرط فيشترط للعمل به عدم انقراض الطبقة نص على ذلك الخصاف ولا فرق فى نقض القسمة بانقراض الطبقة بين ان يكون العاطف واوا وثم وما فى الاشباه من الفرق بينهما رده المقدسى ثم رأيت فى الفتاوى الخيرية انه جزم بعدم نقض القسمة فيما اذا كان العاطف ثم ولم يحك خلافا واعلم ان المراد بالطبقات فى قول الواقفين فان مات عن غير عقب ولم يكن له اخوة ولا اخوات فلاقرب الطبقات طبقات الاستحقاق الجعلية لا طبقات الارث النسبية كما فى انسان عين اليقين فى بيان مراد الواقفين للشرنبلالى وذكره الشرنبلالى رحمه الله تعالى أيضا فى رسالته الاخرى سماها الابتسام معزيا لابن الفرس صاحب الفواكه البدرية وكذا الحانوتى فى فتاواه وكذا العلامة صلاح الدين تلميذ ابن الهمام محمد بن محمد الطرابلسى استاذ احمد بن يونس شارح الكنز وكذا ابن يونس المذكور فى فتاواه بخط حفيده نقل كلام ابن الفرس وقره واثنى عليه ويؤيده ان الخصاف صرح فى باب الوقف على أقرب الناس بأن استحقاق الوقف ليس مبنيا على الانساب وانما هو مبنى على ما جعله الواقف قال شيخنا ولا يجوز جعلها اى ال على الجنس اى جنس الطبقات الشامل للطبقات النسبية لما صرح به فى خلع فتح القدير من ان حملها على الجنس مشروط بعدم امكان العهد الخ وهذا اعنى عدم اعتبار القرب النسبى ليس على اطلاقه بل مقيد بغير الموقوف عليه كما فى الفتاوى الخيرية حيث صرح بما يفيد ذلك فى السؤال واقره عليه فى الجواب ومنه يعلم جواب حادثة سئل عنها الفقير وهى ان الموقوف عليه توفى ولم يعقب فرعا ولا اخوة ولا أخوات عن امه الموقوف عليها أيضا وعن عتيقة موقوف عليها ايضا وقد شرط الواقف ان من مات عن غير عقب وعن غير اخوة وأخوات فلاقرب الطبقات للمتوفى فأجبت بان حصة المتوفى تنتقل لامه ولا تشاركها العتيقة لان الام ترجحت اذ قد اجتمعت فيها جهتا استحقاق بخلاف العتيقة لانها وان شاركت الام فى ان كلا منهما من طبقة المتوفى الا ان الام تميزت عنها بالقرب النسبى وقد عرفت انه يعتبر فى جانب الموقوف عليه (قوله وطلب شريكه) المالك او الواقف الآخر أو ناظره ان اختلفت جهة وقفهما درعن قارى الهداية (قوله وقالا يقسم) أى بين المالك والشريك ولهذا قال فى التنوير وشرحه ولا يقسم الا عندهما اذا كانت القسمة بين الواقف وشريكه وبه أفتى قارى الهداية وغيره وأما قسمته بين المستحقين فلا تجوز بالاجماع ولهذا قال الشارح وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب فأرادوا القسمة لا يقسم الخ ولو وقف نصف عقار كله له فالقاضى يقسمه مع الواقف وبعد موته لورثته ذلك فيفرز القاضى الوقف من الملك ولهم بيعه أفتى به قارى الهداية واعتمده فى المنظومة المحبية در ولو وقف دارا على سكنى اولاده وفيها قاصر كان له ان يسكن بزوجته وهى بزوجها فان لم يكن فيها ذلك لا يستقيم ان يقسم ولا ان يقع فيها مهايأة وبهذا يعرف انه لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه ليس له اجرة حصته بل ان أحب ان يسكن معه بلا زوجة او زوج فعل وان تركه المتضيق بحر عن الخصاف وهذا لا ينافى ما قدمناه من ان أحد الشريكين لو اشغل الوقف كله بالغلبة بدون اذن الآخر فعليه اجر حصة الشريك لانه مفروض فيما اذا لم يبق الساكن للآخر ما يمكنه السكنى فيه ولو بنفسه بدون زوجة أو زوج بخلاف ما هنا ثم اعلم ان قوله فى البحر ولا ان يقع فيها مهايأة يحمل على ما اذا طلب الخارج المهايأة وامتنع الساكن لا يجبر على المهايأة واذا لم يمتنع فلا مانع من جوازها اتفاقا وكان الاولى فى كلام الشارح تقديم قوله عند أبى حنيفة على قوله ويتهايؤن لانه متعلق بقوله لا يقسم على انه فى الدر نقل عن القنية ما يفيد ان لاحد الشريكين طلب المهايأة ولو بدون رضا الآخر وقد تقدم الكلام على ما يتعلق بالمهايأة صدر كتاب الشركة (قوله وأرادوا القسمة لا يقسم) مقتضاه عدم جواز القسمة وان اتفق الكل

وطلب شريكه القسمة لا يقسم وقالا يقسم ويتهايؤن عند أبى حنيفة وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب فأرادوا القسمة لا يقسم كذا فى المحيط (و) اذا وقف

(و) يبدأ من غلته بعمارته بلا شرط من الواقف (ولو) كان الوقف (دارا) فعمارته على من له السكنى

عليها وليس كذلك ففي البحر عن الاسعاف لو قسمه الواقف بين أربابه ليزرع كل واحد منهم نصيبه وليكون المزروع له دون شركائه توقف على رضاهم ولو فعل اهل الوقف ذلك فيما بينهم جاز ولمن أبى منهم بعد ذلك ابطاله انتهى ويمكن ان يكون المراد من قوله لا يقسم اجماعا في القسمة التي يترتب عليها عدم جواز النقض لا يقال قول الاسعاف ولمن أبى منهم بعد ذلك ابطاله مناف لما قدمناه صدر كتاب الشركة عن السراج حيث قال ليس لنا عقد لازم يفسخ بالتماس عقد آخر الا المهايأة عند طلب القسمة اذ تقييد فسخها بطلب القسمة يشعر بانها لا تفسخ عند عدم تصور القسمة مالم يتفقا لانا نقول اذا تعينت المهايأة طريقا للانتفاع كل من الشريكين لعدم تصور القسمة كما اذا كان المشترك سكنى دار الوقف لا تفسخ بطلب أحدهما اذا امتنع الآخر بخلاف ماهنا فان انتفاع الشركاء بزراعة الارض لا يتوقف على المهايأة فتدبر (قوله ويبدأ من غلته الخ) والمستحق من العمارة بقدر مايبقى الموقوف بها على الصفة التي وقف عليها والتقييد بالعمارة يقتضي منع البياض والحمرة على الحيطان ان لم يكن فعله الواقف ثم انما تكون العمارة من مال الوقف اذا لم يكن الخراب بصنع المستأجر كما اذا جعل رواق الدار مربطا للدواب فخرب بسببه فانه يضمن واتفقوا ان القيم لو استأجر اجيرا للعمارة بدرهم ودانق واجر مثله درهم يضمن جميع مانقد لان الاجارة وقعت له لا للوقف وتقطع الجهات الموقوف عليها من العمارة الا ما يخاف بقطعه ضرر كالامام والخطيب والمؤذن والوقاد والملا ومدرس المدرسة فيعطون المشروط لهم اما الناظر والشاد والجابي والكاتب فانما يستحقون اذا عملوا زمن العمارة بقدر أجرة عملهم بقي ان تقديم ماذكر هل هو على اطلاقه او مقيد بما اذا لم يشرط الواقف الاستواء عند الضيق فيه كلام يعلم بمراجعة النهر وما قطع للعمارة يسقط رأسا ولو صرف للمستحقين مع الحاجة للتعمير ضمن وينبغي ان لا يرجع على المستحقين بما دفعه اليهم لانه بالضمان تبين انه دفع مال نفسه وأنه متبرع كذا في البحر وخالفه في النهر وقال له الرجوع مادام قائما الا ما اذا اهلك انتهى وأقول صريح كلام البيري في حاشية الاشباه يفيد ان له الرجوع مطلقا ولو بعد الهلاك لانه بعد ان نقل عن الملتقطات ما محصله ان الانسان اذا دفع لغيره دراهم ثم أراد الاسترداد لتبين ان الدفع اليه كان بغير حق ان أدى اليه بناء على شرط باطل رجع وان أدى بناء على سبب صحيح لم يرجع انتهى قال فلا ريب ان دفعه مع الاحتياج للعمارة ليس السبب فيه بصحيح فله الرجوع انتهى (تتمة) سئلت عن قاض قضى بأيلولة وقف الى جهات معينة فقبض نظار تلك الجهات ريعه وصرفوه حسب شرط واقفه ثم ظهر عدم صحة هذا الحكم بمقتضى ان الواقف اشرك شخصا مع ذريته فنقض الثاني حكم الاول فهل لهذا الشخص الرجوع على النظار بما قبضوه في المدة الماضية فأجبت بانهم لا يضمنون أخذا مما في البحر عن القنية أمر القاضي المتولي بفعل شئ ففعله ثم تبين انه أي امر القاضي ليس بشرعي لم يضمن وكذا ماسبق عن البيري معزيا للملتقطات يفيد عدم الضمان أيضا لان قبضهم استند الى سبب صحيح وهو قضاء القاضي وان تبين بعد ذلك عدم صحته (قوله بلا شرط من الواقف) لان قصد الواقف صرف الغلة دائما ولا يبقى الا بالعمارة فيثبت ابتداء من غير شرط زيلعي (قوله على من له السكنى) لانه هو المنتفع بها والغرم بالغنم فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بالمنفعة زيلعي ولو لم يرض بالعمارة ولم يجد القاضي من يستأجرها يخير بين ان يعمرها أو يردها لورثة الواقف كذا في الفتح قلت فلو كان هو الوارث لم أره وفي فتاوى قاري الهداية ما يفيد استبداله او رد ثمنه للوارث أو للفقراء كذا في الدر والذي ارتضاه في البحر انها تستبدل وأما ما قيل انها ترد الى الواقف او الى ورثته فضعيف وكلام المصنف يعطي ان كل من له الاستغلال لا عمارة عليه لانه ليس له السكنى فلو سكن هل يلزمه الاجرة الظاهر لا لعدم الفائدة لا اذا احتيج للعمارة فيأخذها المتولي ليعمرها ولو هو المتولي ينبغي ان يجبره القاضي على عمارتها مما عليه من الاجرة ان لم يفعل نصب متوليا ليعمرها ثم هل لمن له السكنى الاستغلال أم لا نقل في النهر عن فتح القدير ان من له السكنى ليس له الاستغلال وكذا من له الغلة ليس له السكنى وقد أوضح ابن الشحنة

المسئلة فى شرح قوله

ومن وقفت دار عليه فماله * سوى الاجر والسكنى فما تتقرر

فقال مسئلة البيت من التجنيس والخاصى وقف منزلا على ولديه فأرادا السكنى لم يكن لهما ذلك لان حقهما فى الغلة انتهى وفى الظهيرية فى الوصية بغلة دار لرجل تؤجر وتدفع اليه غلاتها فان أراد السكنى بنفسه قال أبو بكر الاسكاف له ذلك وقال أبو القاسم وأبو بكر بن سعيد ليس له ذلك وعليه الفتوى والوصية أخت الوقف فعلى هذا يكون الفتوى فى الوقف على هذا بل أولى لانه لم ينقل فيه اختلاف المشايخ انتهى وهذا من حيث الرواية مسلم أما من جهة الفقه فيظهر الفرق بان الوصية انما هى بالغلة فبالسكنى يفوت مقصود الموصى بخلاف ما اذا وقف عليه فانه أعم من كون الانتفاع بالغلة او بالسكنى فينبغى ان يجرى الخلاف فى الوقف بالاولى وما قيل من أنه لو جوزله السكنى ربما لا يعمرها فتهدم بخلاف ما اذا قصرنا حقه على الغلة فان العمارة مقدمة لا ينهض لان القاضى يلزمه بالعمارة أو يؤاجرها شيخنا عن ابن الشحنة تلميذ المحقق (تتمة) دار كبيرة فيها بيوت وقف بتمامها على عتيقه فلان والباقى على ذريته ثم على عتقائه فال الوقف الى العتقاء هل يدخل من خصه بالبيت فى الثانى اختلف الافتاء أخذا من خلاف مذكور فى الذخيرة لكن فى الخانية اوصى لرجل بمال وللفقراء بمال والموصى له محتاج هل يعطى من نصيب الفقراء اختلفوا والاصح نعم در ومنه يعلم جواب حادثة سئل عنها الفقير هى ان شخصا أرصد علوفة على عتقائه وعياله وله زوجة هى فى الاصل من عتقائه فأجبت بانها تعطى من جهتين من جهة كونها من العتقاء وجهة كونها من العيال على الاصح (تنبيه) غرس الواقف فيما وقف أشجارا أو بنى بناء او نصب بابا ان غرس من غلة الوقف او من ماله وذكر انه للوقف يكون وقفا ولو لم يذكر شيئا وفعل من ماله يكون ملكا له ولو غرس فى المسجد يكون للمسجد لانه لا يغرس فيه ليكون ملكا الخ ماذكره فى الاسعاف من الفصل الثالث وذكر فى الاشباه صدر كتاب الوقف حكم ما اذا كان البانى هو المتولى أو غيره فليراجع (قوله ولو أبى الخ) فلا يجبر الممتنع على العمارة لان فيه اتلاف ماله ولا يكون امتناعه رضا ببطلان حقه لمكان الشك ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير ناظر ولا مالك زيلعى وكذا دعواه الا اذا كان ناظرا كذا فى النهر وفى التنوير وشرحه من الفصل الآتى لا تملك الاجارة ولا الدعوى الا بتولية أو اذن قاض ولو الوقف على رجل معين على ما عليه الفتوى وعزاه الى العمادية وليس للقاضى ولاية الاجارة مع عدم اباء الناظر كما انه ليس له التصرف فى مال اليتيم مع وجود وصيه ولو منصوبه وفى المحيط العمارة المحدثة تكون لصاحب السكنى لان الاجرة بدل المنفعة وهى ملكه اه قال فى البحر ومقتضاه انه لو مات تكون ميراثا كما لو عمرها بنفسه فيؤمر من صارت له السكنى بعد الميت بدفع قيمة البناء الموروث اذا ضر نزعه وليس له ان يرضى بقلعه حينئذ فان أبى دفع القيمة أوجرت وصرفت الاجرة للورثة فاذا استوفوا قدر القيمة أعيدت لمن له السكنى وان كانت المرمة مثل تجصيص الحيطان أو تطيين السطح لم ترجع الورثة بشئ (قوله وصرف نقضه الى عمارته) ان لم تتعذر اعادة عينه فان تعذرت بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل كما فى النهر عن الهداية وهو ظاهر فى ان بيعه ان امكن اعادة عينه لا يجوز وهل يفسد البيع أو يصح مع الاثم قال فى البحر لم اره وينبغى الفساد (قوله وان لم تحتج العمارة اليه) بان احضرت المؤن أو كان المنهدم لقلته لا يخل بالانتفاع نهر عن الفتح (قوله حفظه) ان لم يخف ضياعه فان خاف باعه وامسك ثمنه لعمارته عند الحاجة نهر عن الحاوى (قوله بالضم) فى النهر عن الغورى انه بالكسر لا غير (قوله ولا يقسمه الخ) لانه ليس لهم حق فى العين ولا فى جزء منه وانما حقهم فى المنافع فلا يصرف اليهم غير حقهم زيلعى وكذا ينبغى ان لا يقسم ثمنه ايضا لو باعه لما قلنا نهر (قوله صح عند أبى يوسف ومشايخ بلخ وعليه الفتوى) ترغيبا للناس فى الوقف عينى وعرف منه صحة اشتراط بعضها بالاولى نهر وسيصرح به الشارح ولا يجوز على قياس قول محمد ووجهه ان التقرب بازالة الملك واشتراطه

ولو ابى) اى الموقوف عليه وهم السكان (او عجز) عنه (الحاكم) بان عن العمارة (آجرها) فاذا عمرت اجرها وعمرها (باجرته) وردها الى من له السكنى (وصرف) الحاكم (نقضه الى عمارته ان احتيج) الى النقض (والا) اى وان لم تحتج العمارة اليه (حفظه لحتاج) فيصرفه فيها والنقض بالضم وبالكسر البناء المنقوض (ولا يقسمه) اى النقض (بين مستحقى الوقف) وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه) فى حياته صح عند أبى يوسف ومشايخ بلخ وعليه الفتوى ولا يجوز على قياس قول محمد وبه قال الشافعى

الغلة أو بعضها يمنع ذلك فكان باطلا كالصدقة المنفذة ولابي يوسف ماروى انه عليه الصلاة والسلام كان يأكل من وقفه ولا يحل ذلك الا بالشرط فدل ذلك على جوازه وعلى هذا الخلاف اذا شرط الكل أو شيئا منه لمدبريه أو امهات اولاده عيني تبعا لما رجحه في الهداية والمجتبى والذى في عامة الكتب ترجيح صحة اشتراط الغلة أو بعضها لمدبريه أو امهات اولاده اتفاقا شيخ شاهين وكذا لو جعل الغلة لامائه أو عبيده فانه يجوز عند أبي يوسف وعليه الفتوى ذكره في الاسعاف (قوله والخلاف فيما اذا شرط البعض الخ) لا فرق بين كونه معينا كالنصف والربع اولا كقوله على ان يقضى منه ديونى وما فضل بعد ذلك يكون للفقراء نهر ثم اعلم ان من فروع اشتراط الغلة أو بعضها لغيره كمدبريه وامهات اولاده ما اذا اشترط ذلك لزوجته مادامت عزبا فتزوجت بطل حقها ولا يعود وان طلقت الا ان ينص على العود اخذا مما في الدرر عن الخزانة وقف على بنى فلان ممن تعلم العلم فترك بعضهم ثم اشتغل به فلاشئ له الا ان شرط انه لو عاد فله فليحفظ وفيه عن الوهبانية قضى بدخول ولد البنت بعد مضى سنين فله غلة الآتى لا الماضى لو مستهلكة اه بخلاف ما اذا شرط الواقف ان من مات من الموقوف عليهم انتقل نصيبه الى ولده أو ولد ولده فمات عتيق عن بنته فجحدت الناظرة وهى بنت الواقف نسبها واستمرت تستغل نصيب البنت لنفسها ثم ان المستحقة اثبتت نسبها بالبينة الشرعية فانها تستحق الماضى ايضا وتلزم به الناظرة كالمستقبل سواء كانت غلة الماضى قائمة فى يد الناظرة أو مستهلكة لان المستحقة استحقاقها ثابت بشرط الواقف من حين مات اصلها وما هنا ولد البنت قبل ان يقضى له بالاستحقاق غير مستحق فى الوقف على ولد الواقف على ما هو المفتى به الخ ما نقله شيخنا عن الفتاوى الخيرية واعلم ان الخلاف فى دخول ولد البنت محله ما اذا كان الولد والاولاد مضافا الى ضمير الواقف كما اذا وقف على ولده أو اولاده اذ لا فرق فيه بين المفرد والجمع اما اذا وجدت الاضافة الى ضمير الاولاد كقوله ثم على اولادهم ونحوه فلا خلاف فى دخول اولاد البنات حينئذ وان رمت ايضاح ذلك فعليك بالفتاوى الخيرية وثما يناسب ذكره فى هذا المقام سؤال رفع للعلامة الحموى واجاب عنه وهو ان رجلا انشأ وقفا على ابنته خديجة زوجة معتوقه حسن وعلى من سيحدثه الله له من الاولاد ذكورا واناثا بالسوية بينهم ثم من بعد كل منهم لاولاده واولاد اولاده الخ ولم يشترط الواقف المذكور بعد خديجة لاولادها ولا لذريتها شيئا فمات الواقف ولم يحدث له اولاد فهل اذا ماتت خديجة وخلفت بنتا تدخل فى الوقف اولا لعدم الشرط فى ذلك ولكونها ابنت احد عتقاء الواقف اولا تدخل فى الوقف الا بعد موت ابيها حكم شرط الواقف فاجاب بما نصه لا تدخل بنت خديجة فى قوله ثم من بعد كل منهم لاولاده لان ضمير منهم عائد على الاولاد الذين سيحدثهم الله للواقف ولو اراد دخولها لقال ثم من بعد كل منهما اى من بعد خديجة ومن سيحدثه الله له من الاولاد كما هو القاعدة فيما اذا وقع ضمير بعد مفرد وجمع فانه يؤتى بضمير التثنية كما فى قوله تعالى اولم ير الذين كفروا ان السموات والارض كانتا رتقا ففتقناهما ويؤيد ذلك ان للواقفين غرضا صحيحا فى عدم دخول اولاد البنات فى اوقافهم لانهم لا ينسبون اليهم وانما ينسبون الى آبائهم ونسبة اولاد فاطمة رضى الله عنها الى النبى صلى الله عليه وسلم خصوصية لها ومن ثم كان اولاد البنات لا يدخلون فى الوقف على الاولاد واولاد الاولاد ولو ذكر عشر بطون فى ظاهر الرواية وحينئذ فالوقف بعد خديجة ينتقل الى العتقاء دون بنتها لكن حيث كان أبو البنت من العتقاء تدخل فى اولاد العتقاء بعد موت ابيها انتهى وتعقبه شيخنا بانه يلزم على ما ذكر جهالة ما لخديجة اذ لا يشملها حينئذ قوله بالسوية بينهم ينتفعون به ما شاؤا مع ان هذا نص فى مساواتها لهم فى الاستحقاق وفى عموم مشيئة الانتفاع فيكون الضمير فى قوله ثم من بعد كل منهم عائدا عليها ايضا على ما هو المعروف وغلب المذكر على المؤنث وقصر رجوع ضمير منهم على الجمع دون المفرد الذى معه غير معروف عند النحاة والفقهاء اذ فى الخصاف نظره مع كون ضمير الجمع عائدا على المفرد والجمع ذكره فى باب الرجل يجعل ارضه موقوفة على ولده وولد ولده وفى باب الرجل يقف الارض على نفسه ومن بعده على المساكين حيث قال فى اثناء كلامه أو قال على نفسى ومن بعدى على

والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه فى حياته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه فى حياته وبعد موته للفقراء سواء

(أو) جعل (الولاية اليه صح) الوقف والشرط عند أبى يوسف وهو ظاهر المذهب

فلان وولده وولد ولده ونسله ابدا ما تناسلوا فاذا انقرضوا فهى موقوفة على الفقراء فقد اتى بضمير الجمع بعد مفرد وجمع دون ضمير التثنية واستدلاله بالاية على عدم دخول بنت خديجة بعده وتهاغير ناهض لان تثنية الضمير لكون المراد جماعة السماوات وجماعة الارض قال فى الكشاف وانما قيل كانتا رتقا دون كن لان المراد جماعة السماوات وجماعة الارض وتبعه البيضاوى وقال أبو السعود أى جماعة السماوات والارضين كما فى قوله تعالى ان الله يمسك السماوات والارض ان تزولا فأفادوا ان الاصل فى هذا جمع الضمير وان العدول عنه الى التثنية لارادة الجمع من كل منهما لان ضمير الجمع يعود على جميع الافراد المتقدمة وعوده الى البعض دون البعض انما يكون بقرينة وهو خلاف الاصل زاد السيد الذى ذكره ساقط ووجهه أن عدم دخول اولاد البنات فى الوقف على الاولاد واولاد الاولاد فى ظاهر الرواية فيما اذا كانت اولاد الاولاد مضافة الى الوقف نفسه اما اذا كانت مضافة الى الاولاد ومنه الحادثة حيث قال ثم من بعد كل منهم لاولاده أى لاولاد كل من خديجة ولاولاد كل من سيحدثه الله له من الاولاد فقد دخل فيها اولاد البنات نصا من غير خلاف فلا يصح التعويل على الغرض مع وجود النص على خلافه الخ (تتمة) شرط ان ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فلما جاءت الغلة باعها وقبض الثمن ثم مات قبل ان ينفق ذلك يكون لورثته نهر عن الخصاف وقد استفيد من كلام الخصاف ان المراد بغلة الوقف ما هو الاعم بدليل ذكر البيع وقبض الثمن لا ما يتوهم من خصوص النقدين فان قلت ما الفرق بين الحشم والعيال قلت نقل فى التتارخانية عن هلال انه بمنزلة العيال وقيل ان الحشم اعم يقال للسلطان حشم كثير الا ان مؤلف الكتاب وضع المسئلة فى اوساط الناس فلهذا سوى بين العيال والحشم انتهى فعطف العيال على الحشم فى كلام الخصاف على الاول عطف تفسير وعلى الثانى من عطف الخاص على العام والعيال كما فى الاسعاف كل من كان فى نفقته وان لم يكن ذا رحم محرم (قوله أو جعل الولاية اليه) واذا لم يشترطها كان له الولاية أيضا عند أبى يوسف وهو ظاهر المذهب خلافا لمحمد بناء على اشتراط التسليم نهر بقى ان يقال لو شرط لنفسه الادخال والاخراج هل يسقط بالاسقاط صرح فى البحر بأنه يسقط ورأيت بخط شيخنا ما نصه مال فى الاشباه ورسالته ما يبطل من الحقوق بالاسقاط الى عدم سقوط حقه من شرط الادخال والاخراج (قوله صح الوقف والشرط عند أبى يوسف الخ) مقتضاه عدم الصحة عند محمد وبه صرح الشيخ قاسم فى بعض رسائله بقوله لان المنقول ان اشتراطها يفسد الوقف عند محمد كما فى الذخيرة وذكر ان دعوى الزيلعى الاجماع على صحة الوقف مع اشتراطه الولاية لنفسه لا يصح وقول الزيلعى لا يقال كيف يكون هذا قول محمد مع ان التسليم شرط عنده لانا نقول هذا لا ينافى لانه يمكن ان يسلمه اليه عنده اذا شرط الولاية لنفسه لان شرطه يراعى تعقبه الشيخ قاسم بأنه بعد ما سلمه ليس له ولاية عزله وبما ذكره شيخ الاسلام من ان شرط الواقف كنص الشارع فى الدلالة والفهم لا فى وجوب العمل به خلافا لما يظهر من قوله ان شرطه يراعى لاقتضائه وجوب العمل به كالنصوص ثم رايت فى القهستانى ما محصله ان محمدا لا يشترط التسليم مطلقا بل هو مقيد بما اذا لم يشترط الواقف الولاية لنفسه وعزاه للنهاية ومنه يعلم ان ما ذكره الزيلعى من صحة الوقف مع اشتراطه الولاية لنفسه بالاجماع صحيح وما ذكره الشيخ قاسم ساقط وحينئذ فلا حاجة لما تكلفه الزيلعى من قوله لا يقال الخ وظهر أيضا عدم تسليم ما سبق عن الذخيرة من ان اشتراط الواقف الولاية لنفسه يفسد الوقف عند محمد لانه يبتنى على ما توهمه من ان اشتراط التسليم عند محمد على اطلاقه فان قلت مقتضى قوله لان المنقول الخ أى عن محمد قلت يحتمل ان يكون معناه أى المنقول عن المشايخ بناء على ما فهموه من كون التسليم شرطا عند محمد مطلقا وعلى التسليم فنقول يندفع التنافى بالحمل على اختلاف الروايتين عنه فلا يكون ما فى الذخيرة منافيا لما ذكره القهستانى لحصول التوفيق بما ذكرناه بان يقال ما ذكره القهستانى بالنسبة لاحدى الروايتين عن محمد وما ذكره فى الذخيرة بالنسبة للرواية الاخرى عنه ثم اعلم انه ليس كل شرط يتبع لانهم استثنوا

من

(وينزع لوخائنا) اى لوشرط الواقف الولاية لنفسه وكان منهما غير مأمون على الوقف فللقاضى ان يخرجه من يده (كالوصى) اذا كان خائنا

من قولهم شرط الواقف يجب اتباعه مسائل كما فى الاشباه الاولى ماسيأتى فى المتن من ان الخائن ينزع وان شرط الواقف ان لا ينزع الوقف من يده الثانية لوشرط ان لا يؤجر وقفه أكثر من سنة والناس لا يرغبون فى استئجاره سنة او كان فى الزيادة نفع للفقراء فللقاضى المخالفة دون الناظر الثالثة شرط ان يقرأ على قبره فالتعيين باطل الرابعة شرط ان يتصدق بفاضل الغلة على من يسأل فى مسجد كذا كل يوم لم يراع شرطه فللقيم التصدق على سائل غير ذلك المسجد أو خارج المسجد او على من لا يسأل الخامسة شرط للمستحقين خبزا او لحما معينا كل يوم فللقيم دفع القيمة من النقد السادسة تجوز الزيادة من القاضى على معلوم الامام ان كان لا يكفيه وكان عالما تقيا السابعة شرط عدم الاستبدال فللقاضى الاستبدال اذا كان أصلح وقوله فللقاضى يشير الى ان غير القاضى لا يملكه وكذا بدون الشرط لا يملكه الا القاضى كما فى التنوير وقوله اذا كان أصلح يشير الى عدم اشتراط خروج الوقف عن الانتفاع وهو قول أبى يوسف والعمل عليه خلافا لمحمد كما قدمناه واذا وجد الاستبدال صار البدل كالاول فى شروطه ثم رأيت بخط الجد نقلا عن خط الشوبرى معزيا للذخيرة ما نصه سئل الحلوانى عن الوقف اذا تعطل وتعذر استماله هل للمتولى بيعه ليشترى غيره قال نعم قيل فان لم يتعطل ولكن يؤخذ بثمنه ما هو خير منه قال لا ومن المشايخ من لم يجوز بيعه تعطل أو لم يتعطل وهكذا فتوى شمس الائمة السرخسى اه بقى ان يقال ما سبق عن الاشباه من انه اذا شرط ان يقرأ على قبره فالتعيين باطل مبنى على قول أبى حنيفة رضى الله عنه من كراهة القراءة على القبور فلهذا بطل التعيين والصحيح والمختار للفتوى قول محمد فيلزم التعيين الخ ما فى حاشية الاشباه معزيا للبحر وغيره وفى الدر من كتاب الوصايا قبيل باب الوصية بالخدمة والسكنى ذكر ما نصه وحرر فى تنوير البصائر انه يتعين المكان الذى عينه الواقف لقراءة القرآن والتدريس فلو لم يباشر فيه لا يستحق المشروط له وفى شرح المنظومة بالمباشرة فى غير المكان الذى عينه الواقف يفوت غرضه من احياء تلك البقعة الخ (تتمة) تقرير الباشا فى الوظائف مع وجود القاضى يجوز بخلاف القضاء حموى عن الغزى ولا فرق فى صحة التقدير بين المنجز والمعلق كقوله ان شغرت وظيفة فلان قررتك فيها واذا فرغ شخص لشخص آخر عن وظيفته لا يثبت الحق للمفروغ له الا اذا قرره القاضى حتى قالوا يجوز للقاضى تقرير غير المفروغ له وما ذكره الشيخ قاسم مما يقتضى خلاف ذلك مردود (قوله وينزع لو خائنا) أى يجب على القاضى نزعه اذا كان غير مأمون على الوقف نهر فقول الشارح فللقاضى ان يخرجه من يده ليس على ما ينبغى وكان الظاهر ان يقول فعلى القاضى الا ان يقال ان اللام بمعنى على كما فى قوله تعالى وان أسأتم فلها وكذا ينزع لو عجز عن القيام بأمر الوقف أو ظاهر به فسق كشرب الخمر أو كان يصرف ماله نفسه فى الكيمياء ومن الخيانة بيعه للوقف بلا مسوغ وظاهر الذخيرة انه لا بد من هدم المشترى البناء حيث قال فان باع بعض الوقف لترميم الباقى فالبيع باطل فان هدم المشترى البناء ينبغى للقاضى عزله لانه صار خائنا والظاهر الاطلاق لما فى القنية باع شيئا منه أو رهنه فهو خيانة كذا فى النهر قلت لا مخالفة بينهما لان ما ذكره فى الذخيرة صريح فيما اذا بيع البعض لترميم الباقى وتقدم انه جائز عند البعض وان كان خلاف الراجح فكان هدم المشترى شرطا وأما ما فى القنية فانه ظاهر فيما اذا كان البيع لا لهذا الغرض فلهذا استحق العزل قبل هدم المشترى ومن الخيانة امتناعه عن العمارة كما فى النهر عن الخصاف وعبارة الخصاف فان ترك عمارته وفى يده من غلته ما يمكنه ان يعمره يجبره القاضى على عمارته فان فعل والا أخرجه من يده ومثله فى الاسعاف ففى عبارة النهر قصور وقد يقال ان كلامه يتضمن ذلك لان الامتناع عن العمارة يستدعى سابقة الامر بها بقى ان يقال مقتضى التقييد بالخائن ان غير الخائن لا يعزل ولو عزله بلا خيانة لا يصير الثانى متوليا سواء كان النظر مشروطا أو كان منصوب القاضى وما فى الاشباه من انه يصح عزله بلا خيانة اذا كان منصوب القاضى وعزاه فى البحر الى القنية تعقبه المرحوم الشيخ شاهين بأنه مخالف للمنصوص عليه فى الفصل الاخير من جامع الفصولين ونصه اذا كان للوقف متول من جهة الواقف او من

جهة غيره من القضاة لا يملك القاضي نصب متول آخر بلا سبب موجب لذلك وهو ظهور خيانة الاول او شئ آخر انتهى ثم قال بعد نقله فليكن ما في جامع الفصولين مقدما على ما في القنية انتهى وكذا الشيخ خير الدين اطلق في عدم صحة عزله بلا خيانة وان عزله مولانا السلطان فعم اطلاقه ما لو كان منصوب القاضي (تتمة) الاستحقاق المشروط كالارث لا يسقط بالاسقاط كما في حاشية الاشباه للسيد الحموي معزيا الى فتاوى قاضيخان قائلا وهذا مما يجب القطع به خلافا لما في الاشباه من انه يصح مدة حياة المسقط ولهذا قال في التنوير من فصل اقرت الحرة المكلفة الخ اقر المشروط له الريع انه يستحقه فلان دونه صح ولو جعله لغيره لا يصح وكذا المشروط له النظر على هذا انتهى وذكر قاضيخان من كتاب الشهادات ان الحق في الوقف يخالف حق الشفعة فاذا قال ابطلت شفعتي بطلت ولو قال المستحق في الوقف ابطلت حقي كان له ان يطلب ويأخذ بعد ذلك انتهى ملخصا وهذا باطلاقه شامل للاستحقاق الغير المشروط بان آل اليه الاستحقاق في الوقف بالتقرير ممن له ولاية ذلك كالقاضي والناظر المشروط له التقرير فان قلت فعلى هذا لا فرق في الاستحقاق بين المشروط وغيره قلت الفرق بينهما ثابت من حيث ان الاستحقاق المشروط لا يسقط بالاسقاط مطلقا ولو بين يدي القاضي لشخص معين بخلاف الغير المشروط اذا أسقطه بين يدي القاضي فانه يسقط وللقاضي تقرير غير المفروغ له وللمفروغ له الرجوع على الفارغ بالعوض وان قرره القاضي لعدم صحة الاعتياض عن الوظائف ونحوها وعلى القول باعتبار العرف الخاص لا يرجع وبه افتى بعضهم (تكميل) اذا عزل الناظر او جن انعزل وكيله لتصريحهم بانه يشترط لدوام الوكالة ما يشترط لابتدائها كما في وكالة البحر (تنبيه) سئلت عن ولاية التصرف في الوقف هل هي لناظره الاصلي استقلالا لا دون الحسبي فأجبت بما في الدر عن النهر نقلا عن افتاء أخيه انه ان ضم اليه الخيانة لم يستقل والا فله ذلك قال وهو حسن انتهى وذكر في البحر ان تولية القاضي ناظر حسبة يجوز ان طلب الاصلي ذلك او شكا ارباب الوظائف من امانته انتهى بمعناه (قوله وان شرط ان لا ينزع) لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل (تتمة) لا يجعل الناظر من الاجانب الا اذا لم يوجد من بيت الواقف من يصلح لذلك نهر يعني لا يحل للقاضي جعل القيم من الاجانب مع وجود من يصلح من بيت الواقف فان جعل صح مع الاثم لتصريح علمائنا بان ولاية النصب الى القاضي اذا مات المتولي ولم يوص الى احد كذا ذكره شيخنا وهذا ان لم يكن الواقف حيا فان كان فولاية النصب اليه لا للقاضي وكذا وصي الواقف أولى من القاضي أيضا كما في العمادية ونصها ذكر في الصغرى اذا مات المتولي والواقف حي فالرأي في نصب قيم آخر الى الواقف لا الى القاضي فان كان الواقف ميتا فوصيه اولى من القاضي فان لم يكن اوصى الى احد فالراى في ذلك للقاضي كذا بخط شيخنا ايضا ولو جعل النظر للارشد فالارشد فاستوى رجلان في الارشدية هل يستحقان النظر ويكون ما عينه الواقف من المعلوم بينهما نقل الغزي صاحب التنوير في معين المفتي عن ابي السعود مفتي الروم انهما يستحقانه معا ويشتركان في معلومه فان صيغة الافضل تنتظم الواحد والمتعدد وتعقبه شيخنا بأن ما ذكر من الاشتراك ظاهر فيما اذا استويا سنا فلو كان احدهما اكبر سنا فانه يرجح على الآخر كما في انفع الوسائل عن الخصاف ومثله في النهر عن الاسعاف اه وهل اذا استويا في الرشد والسن وكان احدهما ذكرا يرجح بالذكورة أو يشتركان لم اره بقي ما لو استحق النظر بالشرط واراد اقامة غيره مقامه في حياته وصحته ان كان التفويض له بالشرط عاما صح ولا يملك عزله الا اذا كان الواقف جعل له التفويض والعزل والا فان فوض في صحته لا يصح وان في مرض موته صح وينبغي أن يكون له العزل والتفويض الى غيره كالايصاء قال في الاشباه وسئلت عن ناظر معين بالشرط ثم من بعده للحاكم فهل اذا فوض النظر لغيره ثم مات ينتقل للحاكم فاجبت ان فوض في صحته فنعم وان في مرض موته لا ما دام المفوض له باقيا لقيامه مقامه تنوير وشرحه (تنبيه) يقبل قول المتولي فيما يدعيه من الصرف بلا يمين كالوصي ذكره في الاشباه من كتاب القضاء معزيا للقنية ويخالفه ما في الاسعاف

من

(وان شرط) الواقف (ان لا ينزع) الوقف من يده

من باب اجارة الوقف حيث جعل اليمين عليه قال الحموي وما ذكره المصنف هنا مخالف لما ذكره في البحر
(فصل) في بيان احكام المسجد والخان والمقبرة ونحوها عني وأراد بنحوها ما سيأتي من السقاية والرباط وجعل شئ من الطريق مسجدا وعكسه (قوله مخالفة الخ) بيان المخالفة على مذهب الامام ان الوقف لا يخرج عن ملكه الا اذا حكم به حاكم لانه يجوز عنده كالعارية بخلاف المسجد حيث لا يشترط له الحكم وعلى مذهب أبي يوسف انه يقول ان الشيوع لا يمنع من صحة الوقف مطلقا بخلافه في المسجد والمقبرة وعلى مذهب محمد انه يقول لا يتم الوقف بدون التسليم بخلاف المسجد حيث لا يتوقف تمامه على وجود التسليم واعلم أن المراد من كون الوقف يجوز كالعارية أي انه منزل منزلة العارية لا انه عارية حقيقة أما اذا لم يسلمه الى غيره فظاهر وكذا اذا سلمه لان ذلك الغير لم يكن هو المستوفى للمنفعة ذكره الكمال (قوله لاحكام ماسبق عليه) فيه ان سبق متعد بنفسه حموي (قوله واشتراط الحكم الخ) ومن جوازه في المشاع عند أبي يوسف فصار المسجد مخالفا للوقف عند الكل كما في الزيلعي وبه يظهر ما في عبارة الشارح من القصور حموي فلا يتم وقف المسجد مع الشيوع مطلقا فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل كالمقبرة بالاجماع (قوله من بنى مسجدا) أي مثال مسجد ولا يصح ان يقال انه مجاز باعتبار الاول كما في قوله تعالى أعصر خمرا لان شرط مجاز الاول أن يكون الفعل مفضيا كما في الآية فان العصر يفضي الى الخمرية والبناء لا يفضي الى المسجدية فكان على حذف مضاف وكان الاولى ان يقال من جعل أرضه مسجدا ليشمل الساحة الخالية من البناء فان الحكم كذلك (قوله لله تعالى) باعتبار الغالب اذ الغالب في المسجد أن لا يبنى الا لله أو انه ذكر ذلك اتباعا للحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام من بنى لله مسجدا ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة وخص القطاة بالذكر لانها لا تفضي حاجتها مكانها اشارة الى أن المسجد يصان عن التقذير ولو بطاهر والفحص البحث عن الشئ وقد فحص عنه من باب قطع وتفحص وافتحص بمعنى والافحوص بوزن العصفور مجثم القطاة لانها تفحصه وكذلك المفحص بوزن المذهب يقال ليس له مفحص قطاة شيخنا عن المختار (تتمة) اختلف في مصلى الجنازة والعيد هل يكون له حكم المسجد قال بعضهم يكون مسجدا حتى لو مات لا يورث (فرع) مسجد بابه على مهب الريح بحيث انه يشق على الناس الدخول زمن المطر فللقيم أن يتخذ ظلة على بابه من غلة الوقف اذا لم يكن في ذلك ضرر لاهل الطريق شيخنا عن منية المفتي (فرع آخر) انهدم المسجد كله واحتيج لبنائه ووجد من الغلة ما يكفي لبنائه والحال ان الواقف ذكر المرمة كان قال على مرمة هذا المسجد قال الخصاف لا يبنى لان المرمة مثل تطيين سطحه وتأزير حيطانه واجذاع تدخل في سقفه وما يشبه هذا فهي غير البناء قال شيخنا والفتوى على انه يجوز البناء بتلك الغلة قاله قاضيخان في فتاواه بعد حكاية كلام الخصاف (قوله بان يقول للناس صلوا فيه بجماعة ابدا) مقتضاه ان الاذن بالصلاة مطلقا لا يكفي واليه مال الكمال بن الهمام وليس كذلك فلو ابقى المتن على اطلاقه لكان أولى راجع النهر (قوله فاذا صلى فيه واحد) من الناس عني يخرج به الجن ومطلق الواحد ينتظم المميز والانثى واختلف في صلاة الواقف وحده والاصح انه لا يكتفى اذ لا يكون قابضا من نفسه وما جرى عليه المصنف من الاكتفاء بواحد هو ظاهر الرواية عن الامام ومحمد واذ عرفت ان الصلاة فيه اقيمت مقام التسليم علمت انه بالتسليم الى المتولي يكون مسجدا دونها وهذا هو الاصح كما في الشارح وغيره وكذا لو سلمه الى القاضي أو نائبه كما في الاسعاف وقيل لا واختاره السرخسي نهر (قوله زال ملكه) لو قال ويصلي فيه واحد عطفا على يفرزه وحذف قوله زال ملكه لكان اولى كما في النهر ووجه الاولوية الاستغناء عنه بقوله قبله لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه (قوله تشترط الصلاة بجماعة) وهو الصحيح اطلق في الجماعة فعم ما لو أم واحد من الناس جنيا أو الجني أم الانسي قال في الاشباه والنظائر في احكام الجان ومنها انعقاد الجماعة بالجن ذكره الاسيوطي عن صاحب آكام المرجان من اصحابنا مستدلا بحديث احمد عن ابن مسعود في قصة الجن وفيه فلما قام عليه السلام يصلي ادركه شخصان منهم أي من الجان فقالا يا رسول الله انا نحب أن تؤمنا في صلاتنا قال فصفهما خلفه وصلى ونظير ذلك ما ذكره

(فصل) لما كانت احكام هذا الفصل مخالفة لاحكام ماسبق عليه في الشروط من اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد واشتراط الحكم للخروج عن ملكه عند أبي حنيفة ذكرها بفصل على حدة فقال (من بنى مسجدا لله تعالى لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه) أي يميزه (عن ملكه بطريقه) بان يجعل له طريقا الى المسلمين (و) حتى (يأذن بالصلاة فيه) بان يقول للناس صلوا فيه بجماعة أبدا حتى لو قال صلوا فيه يوما أو شهرا أو نحوه فصلوا لا يزول ملكه كذا في الواقعات (فاذا صلى فيه واحد زال ملكه) وقال ابو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا وفي رواية عن أبي حنيفة ومحمد تشترط الصلاة بجماعة وهو الصحيح كذا في الكافي ويشترط مع ذلك ان تكون الصلاة بأذان واقامة

السبكي ان الجماعة تحصل بالملائكة وفرع عليه لو صلى في فضاء باذان واقامة منفردا ثم حلف انه صلى بالجماعة لم يحنث ومنها صحة الصلاة خلف الجني ذكره في آكام المرجان ومنها ان ذبيحته لا تؤكل لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذبائح الجن كما في الملتقط شيخنا عن الشيخ زين ووجه عدم الحنث ما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام من صلى على هيئة الجماعة صلى بصلاته صفوف من الملائكة (قوله جهرا لا سرا) ليشتهر الاذان بالصلاة (قوله أو بهما سرا) ليس في كلام صاحب النهاية حموي (قوله صار مسجدا بالاتفاق) لان اداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة الا ترى ان المؤذن لو صلى في المسجد على هذه الهيئة ليس لمن يجيء بعده ان يصلي بالجماعة في ذلك المسجد زيلعي (قوله وهو بيت يتخذ الخ) بيان لمعنى السرداب لا المعرب منه حموي (قوله بالسكون) أي بسكون السين حموي عن الكاكي (قوله له بيعه الخ) اما اذا كان العلو مسجدا فلان أرض العلو ملك لصاحب السفل واما اذا كان السفل مسجدا فلان لصاحب العلو حقا في السفل حتى كان له ان يمنعه من ان يحدث بناء ولو هدمه بغير اذنه اتفاقا فلم يكن خالصا لله تعالى وشأن المسجد ان يكون خالصا قال تعالى وان المساجد لله ومعلوم ان كل الاشياء له ففائدة الاضافة اختصاصه به سبحانه وتعالى وهو بانقطاع حق كل من سواه ومن ثم قلنا لو كان السرداب أو العلو لمصالح المسجد جاز اذ لا ملك فيه لاحد كذا في الفتح وبه عرف ان الواقف لو بنى بيتا للامام فوق المسجد لا يضر لانه من المصالح حيث كان قبل تمام المسجدية واما اذا اتخذ وسط داره مسجدا فلان ملكه محيط بجوانبه فكان له حق المنع ولانه ابقى الطريق لنفسه وهذا يقتضي انه لو شرط الطريق فيه كان مسجدا وبه صرح الزيلعي وغيره وعن أبي يوسف ومحمد انه اذا اتخذ وسط داره مسجدا صار مسجدا وان لم يعزل بابه الى الطريق لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا مسجد الا بالطريق يدخل كما يدخل في الاجارة من غير ذكر باعتبار انه لا يمكنه الانتفاع الا بالطريق زيلعي والذي في الشرنبلالية عن ابن الهمام على ما وجدته بخط شيخنا جعل ذلك رواية عن أبي حنيفة ومحمد بقي ما لو اتخذ المسجد وسط الخان قال في فتاوى قاضيخان من كتاب الشفعة رجل له خان فيه مسجد افرزه صاحب الخان واذن الناس بالتأذين والصلاة بالجماعة ففعلوا حتى صار مسجدا ثم باع صاحب الخان كل حجرة في الخان من رجل حتى صار دربا ثم بيع منها حجرة قال محمد الشفعة لهم لاشتراكهم في طريق الخان وقد كان الطريق مملوكا انتهى قال في الشرنبلالية فهذا يقتضي صحة المسجد داخل الخان الخ وقول قاضيخان وقد كان الطريق مملوكا قال شيخنا أي ملك استطراق لا ملك رقبة لان رقبة الطريق تبعت المسجد في الوقفية انتهى (قوله وعلى ظهره مسكن) أي ملك اذ لو كان وقفا على مصالح المسجد جاز بالاتفاق (قوله فهو مسجد) لان الاسفل اصل وهو يتأبد ولم يجز عكسه زيلعي (قوله وعن محمد على عكس هذا) لان المسجد معظم ولا تعظيم اذا كان فوقه مسكن بخلاف العكس (قوله وعن أبي يوسف انه جوز في الوجهين) حين قدم بغداد ورأى ضيق الاماكن وروي عن محمد مثله حين قدم الري زيلعي (قوله ومن بنى سقاية الخ) ولا فرق في الانتفاع في هذه الاشياء بين الغني والفقير بخلاف الغلة حيث يختص بها الفقراء لان الغني لا يستصحب هذه الاشياء عادة فكان محتاجا اليها كالفقير اما الغني فهو مستغن بماله عنها لانها صدقة وعلى هذا لو وقف الغلة على الحاج أو الغزاة أو طلبة العلم اختص بها الفقراء نهر (قوله اومقبرة) بفتح الباء وضمها (فروع) وقف دابة على رباط فخرب الرباط واستغنى الناس عنه فانها تربط في اقرب الرباطات اليه رجل حفر لنفسه في مقبرة هل يكون لغيره ان يقبر فيه ميتة قالوا ان كان في المقبرة سعة فالمستحب ان لا يوحش الذي حفره وان لم يكن في المكان سعة كان لغيره ان يدفن ميته ويضمن قيمة حفره وهو كرجل بسط المصلى في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر فان كان في المكان سعة لا يوحش الاول * مقبرة كانت للمشركين أرادوا ان يجعلوها مقبرة للمسلمين قال أبو القاسم لا بأس ان اندرست آثارهم فان موضع مسجده عليه الصلاة والسلام كان مقبرة للمشركين فنبشت واعيدت مسجدا * أرادوا اخراج الميت بعد دفنه قال أبو جعفر لا يباح الا بعذر

جهرا لا سرا حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة أو بهما سرا لا جهرا لا يصير مسجدا عندهما وان جعل المسجد مؤذنا واماما وهو رجل واحد فاذن واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق كذا في النهاية (ومن جعل مسجدا تحته سرداب) بالسكون وهو معرب سردابة وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبريد ولو كان السرداب لمصالح المسجد كما في مسجد بيت المقدس جاز (أو فوقه بيت وجعل بابه الى الطريق) الاعظم (وعزله) عن ملكه (أو اتخذ وسط داره) بالسكون (مسجدا واذن للناس بالدخول فيه) له بيعه ويورث عنه ان مات في الصور كلها وروى الحسن عن أبي حنيفة انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد وعن محمد على عكس هذا وعن أبي يوسف انه جوز في الوجهين (ومن بنى سقاية أو خانا) هو الموضع الذي يسكنه ابناء السبيل (أو رباطا أو مقبرة لم يزل ملكه عنه

كان تكون الارض مغصوبة شيخنا عن الفتاوى الخانية (قوله حتى يحكم به حاكم) أو يضيفه الى مابعد الموت فيلزم بعده وله الرجوع قبله نهر (قوله اذا استقى الناس الخ) والواحد يكفى ولو سلم الى المتولى صح التسليم قال فى الاسعاف هذا فى الخان والسقاية الذى ينزل فيه ويشرب كل يوم اما الخان الذى ينزل فيه الحاج أو الغزاة كل سنة والسقاية التى تحتاج الى صب الماء فيها فلابد فيهما من التسليم الى المتولى لاحتياجهما الى من يقوم بمصالحهما نهر (قوله وان جعل شئ من الطريق مسجدا) ظاهر كلام المصنف ان المتخذ من الطريق اذا جعل مسجدا يأخذ حكم المسجد وهو خلاف ماصرح به فى جامع الفصولين كما فى الشرنبلالية ونصها المسجد الذى يتخذ من الطريق لا يكون له حكم المسجد بل هو طريق الخ ثم اعلم ان كلام المصنف صريح فى ان المتخذ من الطريق بعضها الا كلها فمقتضاه عدم جواز اتخاذ كل الطريق مسجدا لابطال حق العامة ولهذا استشكل الشرنبلالى قوله فى الدرر وجاز جعل الطريق مسجدا وأوله بأن يراد بعض الطريق لا كله وأقول من تأمل عبارة الدرر وجدها غير قابلة للتأويل ونصها جاز جعل شئ من الطريق مسجدا وعكسه وجاز أيضا جعل الطريق مسجدا الاعكسه الخ وأجاب شيخنا بأنه يجوز ان يكون لمقصد طريقان واحتاجت العامة للمسجد فانه يجوز جعل جميع واحد منهما مسجدا وليس فيه ابطال حقهم بالكلية ثم قال رأيت موافقته للشيخ عبد الحى انتهى بلفظه (تتمة) ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرها لانه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة أرضين بكره وزادوا فى المسجد زيلعى وهذا من الاكراه الجائز فلا يقال كيف صدر الاكراه من الصحابة ولو كانت ارض وقفا على المسجد فأرادوا ادخال شئ منها فى المسجد جاز بأمر القاضى ولو أراد القيم ان يبنى حوانيت فى حريم المسجد وفنائه لم يجز ولو أذن السلطان لقوم ان يجعلوا أرضا من أراضى البلدة حوانيت موقوفة على المسجد ان فتحت صلحا لا ينفذ أمر السلطان لانها تبقى على ملك ملاكها وان فتحت عنوة ينفذ لانها تصير ملكا للغانمين شيخنا عن الخانية (فرع) لا يحل لاحد هدم المسجد ليبنيه أحكم منه الا ان يخاف الهدم شيخنا عن عمدة المفتى والمستفتى وظاهر مافى الدر عن البزازية ان البانى اذا كان من اهل المحلة له ذلك وان لم يخف هدمه فيحمل مافى العمدة على ما اذا لم يكن البانى من أهل المحلة (فرع آخر) خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبى يوسف وعند محمد يعود الى ملك البانى اوورثته بعد موته لانه عينه لجهة وقد انقطعت كالكفن وعلى هذا حصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنهما يرجع الى مالكه عند محمد وعند أبى يوسف ينقل الى مسجد آخر زيلعى وينبغى ان يراد بالمسجد الآخر اقرب المساجد اليه فيوافق مافى التنوير واعلم ان المفتى به قول أبى يوسف واما تغيير الوقف اذا كان التغيير يزيد فى الريع فللناظر فعله ذكره ابن الشحنة عن أهل المذهب بخلاف ما اذا أراد المتولى شراء ضيعة من مال الوقف لتكون موقوفة على وجه الوقف الاول حيث لا يجوز بالاتفاق ولو فعله الناظر يضمن شيخنا عن معين الحكام واعلم انه يتفرع على ماهو المفتى به من بقاء المسجدية الى يوم القيامة وعدم عوده الى ملك الواقف خلافا لمحمد ماذكره فى حاشية الاشباه للسيد الحموى معزيا لبعض الفضلاء وهو الحانوتى ان المسجد اذا خرب ولم يمكن اقامة الشعائر به يستحق أرباب الشعائر والوظائف معلومهم المقرر لهم اذ لا تعطيل من جهتهم على قول أبى يوسف الخ وقوله اذ لا تعطيل من جهتهم يفيد ان المدرس اذا حضر للتدريس فلم يجد طلبة استحق المعلوم أيضا وهو مصرح به قلت ولا خصوصية للمدرس بل ينبغى ان يكون الامام كذلك اذا لم يجد من يأتم به وانظر هل يشترط لاستحقاقه المعلوم المعين للامامة صلاته ولو منفردا أولا والظاهر الاول (قوله بأن جعل بعض المسجد طريقا) فيجوز لكل أحد ان يمر فيه حتى الكافر الا الجنب والحائض والنفساء وليس لهم ان يدخلوا فيه الدواب شرنبلالية عن الزيلعى (قوله اذا لم يضر) وماقدمناه عن الصحابة يفيد اشتراط ضيق المسجد أيضا انتهى (قوله حق الله خالصا) وهو العبادات والعقوبات والكفارات نهر والعبادات الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد والعقوبات مزجرة قتل النفس ومزجرة أخذ المال

حتى يحكم به حاكم) عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يزول ملكه بالقول وعند محمد اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال ملكه (وان جعل شئ من الطريق مسجدا صح كعكسه) بأن جعل بعض المسجد طريقا هذا اذا لم يضر بالطريق كذا فى الذخيرة واعلم ان المشروعات أربعة حق الله تعالى خالصا وحق العبد خالصا

كقطع السرقة ومزجرة هتك الستر كالجلد والرجم ومزجرة تلف العرض كحد القذف ومزجرة خلع البيضة كالقتل على الردة والكفارات كفارة القتل وكفارة الظهار وكفارة اليمين وكفارات جنايات الحج كذا بخط شيخنا (قوله وما اجتمعا فيه وحق الله غالب) كحد القذف وحد السرقة وغيرهما من الحدود خالص حق الله تعالى وبيان وجه كون حق الله تعالى غالبا في حد القذف في الزيلعي في باب حد القذف عند قول المصنف وبطل بموت المقذوف لا بالرجوع الخ فراجعه (قوله وما اجتمعا فيه وحق العبد غالب) كالقصاص والتعزير على انتهاك حرمة المسلم بشتمه وفي التلويح ولم يوجد قسم آخر اجتمعا فيه على التساوي في اعتبار الشرع شيخنا عن البلبيسي (قوله فلما فرغ من الثلاث) فيه انه لم يفرغ الا من اثنين حق الله تعالى خالصا وما اجتمعا فيه وحق الله غالب واما ما اجتمعا فيه وحق العبد غالب فلم يذكره فيما سبق وانما يأتي بعد حموي وتعقبه شيخنا بأن قوله لم يذكره فيما سبق غير مسلم لان ما اجتمعا فيه وحق العبد غالب لم ينحصر في القصاص بل منه التعزير على انتهاك حرمة المسلم بشتمه كما في الفواكه وقد ذكره فيما سبق فكان قوله فلما فرغ من الثلاث صحيحا اذ ذكر فرد منه يفيد مؤاخذة المكلف بالفرد الآتي بطريق الاولوية فكان مفروغا منه معنى وان تأخر وضعا وتصريحا تأمل انتهى (قوله شرع في حق العبد) يعني خالصا وفيه انه قد قدم الكلام على الشركة وهي حق العبد خالصا حموي وكذا النكاح والوقف واللقيط واللقطة ويجاب بأن المراد بقوله شرع في المعاملات أي المهم منها الذي لا يمكن استغناء أحد عنه الخ ماذكره شيخنا والله أعلم

(كتاب البيوع)

البيع من الاضداد يقال باع كذا اذا أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه وفي الخبر قال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه أي لا يشتري على شراء أخيه لان المنهي عنه هو الشراء لا البيع بدليل رواية البخاري لا يبتاع بحر وقوله عليه السلام لا يخطب الرجل يجوز ان يكون بالرفع على انه نفي بمعنى النهي من خطب يخطب خطبة بكسر العين في المضارع اذا طلب امرأة للتزوج ويقع البيع غالبا على اخراج المبيع عن الملك ويتعدى الى مفعولين وقد تدخل من على المفعول الاول كبعت من زيد الدار وربما دخلت اللام مكان من والبيع مصدر باعه وبعته نبيعه بيعا ومبيعا والقياس مباعا نهر عن القاموس لان أصله مبيعا نقلت حركة العين الى الفاء وقلبت العين الفا لتحركها في الاصل وانفتاح ما قبلها الآن شيخنا (قوله بمعنى مبيع) فعلى هذا لا يكون البيع باقيا على معناه المصدري حيث أريد منه اسم المفعول بخلاف ما سيأتي من قوله او جمع المصدر لاختلاف أنواعه واعلم ان المحذوف من مبيع الواو عند سيبويه لزيادتها نهر فأصله مبيوع نقلت حركة العين الى الساكن الصحيح فالتقت الياء التي هي العين ساكنة مع الواو الزائدة فحذفت ثم قلبت الضمة كسرة شيخنا وقال الاخفش المحذوف من مبيع العين قال المازري كلاهما حسن وقول الاخفش أقيس نهر ووجه كون المحذوف هو العين ان سكونها عارض بعد النقل بخلاف الواو شيخنا ثم اعلم ان البيع يجري فيه العلل الاربع العلة الصورية وهي الايجاب والقبول والعلة المادية وهي المبادلة والعلة الفاعلية وهي البائع والمشتري والعلة الغائية وهي الملك (قوله والمبيعات أصناف مختلفة الخ) كالرقيق جنس وتحته أصناف وكالدواب جنس وتحته أصناف شيخنا (قوله أو جمع المصدر لاختلاف أنواعه) حاصله ان جمع البيع موجه بتوجيهين فعلى الاول يكون افراده ذواتا مختلفة وعلى الثاني وهو كون البيوع جمع بيع باقيا على مصدريته تكون الحقيقة واحدة لا تعدد فيها وجمعت نظرا الى الانواع ولا تجوز في هذا بل في الاول والعلاقة التعلق أي تسمية المتعلق باسم المتعلق كما في هذا خلق الله والمراد التعلق الحاصل بين المصدر واسم الفاعل واسم المفعول اذ لا بد

وما اجتمعا فيه وحق الله غالب وما اجتمعا فيه وحق العبد غالب فلما فرغ من الثلاث شرع في حق العبد فقال *(كتاب البيوع)* جمع بيع بمعنى مبيع كضرب الامير والمبيعات أصناف وأجناس متفاوتة أو جمع المصدر

للحدث من محل وقال شيخنا بقي ان يقال اذا أريد الانواع هل يجمع قياسا أو يقتصر على السماع قال السيوطى لا خلاف فى ان جموع الكثرة لا تجمع قياسا ولا اسماء المصادر ولا اسماء الاجناس اذا لم تختلف أنواعها فان اختلفت فسيبويه لا يقيس جمعها على ما جاء منه وعليه الجمهور ومذهب المبرد والرمانى وغيرهما قياس ذلك قال أبو حيان والصحيح مذهب سيبويه لقلة ما حكى منه شيخنا عن الغنيمى رحمه الله تعالى (قوله لاختلاف انواعه) فانه يكون باعتبار نفسه نافذا وموقوفا وفاسدا وباطلا وباعتبار المبيع مقايضة وسلما وصرفا وبيعا مطلقا وباعتبار الثمن مرابحة وتولية ووضيعة ومساومة (قوله ولما فرغ من العبادات شرع فى المعاملات) ذكره توطئة لقوله وقدم البيع لانه أكثر وقوعا فسقط ما عساه يقال ان فيه تكرارا (قوله مبادلة المال بالمال) أى تمليك المال بالمال فخرج الاجارة والنكاح لان الاجارة مبادلة المال بالمنافع والنكاح مبادلة المال بالبضع والمال ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة واسباب الملك ثلاثة مثبت للملك وهو الاستيلاء على مباح وناقل للملك وهو البيع ونحوه وخلافه وهو الميراث والوصية (قوله بالتراضى) هذا القيد يدشرعا كما قال فخر الاسلام والذى يظهر ان التراضى لا بد منه لغة أيضا فانه لا يفهم من باع زيد عبده الا انه استبدل به بالتراضى وان الاخذ غصبا لا يقول فيه أهل اللغة انه بيع نهر عن الفتح وهذا الحد كما فى العناية حد لكل واحد من البيع والشراء فكل ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشراء من كل وجه والتقييد بالتراضى خرج به بيع المكره وكان الاولى حذفه لشمول التعريف للفاسد بسائر انواعه ومنه ما لو باع درهما بمثله اتحدا وزنا وصفة صرح بفساده فى الذخيرة اذ غاية الامر ان بيع المكره فاسد فما باله خصه بالاخراج حيث قال المصنف بالتراضى مع ان الرضا ليس جزء مفهومه شرعا والا لكان بيع المكره باطلا بل شرط لثبوت حكمه كما فى النهر واعلم ان وجه الفساد فى بيع الدرهم بمثله وزنا وصفة انه غير مفيد كما فى الدر ثم رأيت القهستانى ذكر ان احدهما اذا كان مكرها لم يكن مبادلة كما فى اكراه الكفاية والكرمانى وعليه يدل كلام الراغب خلافا لفخر الاسلام وما اشار اليه المصنف وغيره من انه معنى شرعى له فمشكل لانه يدخل فيه بيع باطل كبيع الخنزير ويخرج عنه بيع صحيح كبيع المكره الخ وأراد بالصحيح ما قابل الباطل فلا ينافى ما سبق من ان بيع المكره فاسد لمختار وركنه الايجاب والقبول كما فى النهر وشرطه فى العاقد التمييز والولاية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة فبيع الفضولى غير نافذ والتعدد فالواحد لا يتولى الطرفين فيه الا فى الاب والقاضى والوصى فانه اذا اشترى أحدهم مال اليتيم من نفسه أو باعه منه صح وكذا العبد يشترى نفسه من مولاه وشرط فى الوصى النفع الظاهر بان اشترى منه ما يساوى خمسة بعشرة أو باع ما يساوى عشرة بخمسة ولا يشترط هذا فى الاب وسماع كل منهما كلام الآخر وان يكون المبيع مالا متقوما مملوكا فى نفسه مقدور التسليم فى الحال وفى ثانى الحال فخرج الحر والخمر والمباح قبل احرازه والآبق ويتفرع على اشتراط كون المبيع مقدور التسليم عدم جواز بيع الدين من غير من عليه واما بيعه ممن هو عليه فصحيح لعدم الحاجة الى التسليم وان لا يكون فى المبيع حق لغير البائع فلا ينفذ بيع المرهون والمستأجر واذا لم يكن للمشترى علم بالاجارة يتخير بين الفسخ أو ينتظر انقضاء مدة الاجارة ومع العلم بالاجارة قبل الشراء يلزمه الانتظار وسببه تعلق البقاء المعلوم لله تعالى على وجه جميل وحكمه الملك وهو القدرة على التصرف ابتداء الا لمانع فخرج بالابتداء قدرة الوكيل والوصى والمتولى وبقولنا الا لمانع المبيع المنقول قبل القبض حتى لا يجوز للمشترى بيعه قبل قبضه مع ثبوت الملك له وكذا الوطء فى الامة قبل استبرائها ممتنع (فروع) ما يستجره الانسان من البياع اذا حاسبه على اثمانها بعد استهلاكها جاز استحسانا * بيع البراآت التى تكتب فى الديوان على العمال لا يصح بخلاف بيع حظوظ الائمة لان مال الوقف قائم ثمه ولا كذلك هنا اشباه ومفاده انه يجوز للمستحق بيع خبزه قبل قبضه بخلاف الجندى وتعقبه فى النهر * لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة كحق الشفعة وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف

لاختلاف أنواعه وهذا الكتاب لبيان أنواعه لا لحقيقته ولما فرغ من العبادات شرع فى المعاملات وقدم البيع لانه أكثر وقوعا (هو مبادلة المال بالمال بالتراضى ويلزم) البيع

بالاوقاف وفيها المذهب عدم اعتبار العرف الخاص لكن افتى كثير باعتباره وعليه فيفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال و بلزوم خلو الحوانيت فليس لرب الحانوت اخراجه ولا اجارتها لغيره ولو وقفا در ومنه يستفاد جواب حادثة سئل عنها الفقير هي ان شخصا فرغ لولده عن وظائف وتوفي فأتى شخص للفروغ له وأخبره بان المعلوم عن الوظائف قدر معين وغيره حتى فرغ له عنها ثم تبين ان ما فيها من المعلوم يزيد على القدر الذي أخبره به فانه يكون له الرجوع عليه حيث كان الغبن فاحشا بناء على ما سبق من جواز النزول عن الوظائف بمال واستفيد من قوله ولو وقفا ثبوت الخلو ولو في الملك (تتمة) بيع ما يساوي درهما بألف درهم يجوز ولا يكره في قول أبي يوسف وقال محمد يكره بحر عن خزانة الفتاوى أفضل الكسب الجهاد ثم التجارة ثم الحراثة ثم الصناعة (قوله بايجاب وقبول) أي من ذي ايجاب وقبول أو بسببهما فمن الظن انهما خارجان عن حقيقة البيع قهستاني والكتابة والرسالة من الغائب كالخطاب حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة ويصح الرجوع من الكاتب والمرسل قبل الوصول سواء علم الآخر أولم يعلم وفي الخلاصة لا يصح عزل الرسول بدون علمه ففرقوا بين الرجوع والعزل ويشترط موافقة الايجاب للقبول فان قبل المشتري غير ما أوجبه البائع أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعضه لم ينعقد لتفرق الصفقة الا في الشفعة نهر كان باع عبدا وعقارا فيقسم الثمن على العقار والعبد وكذا يشترط لصحة الايجاب ان لا يقرن بما يبطله فلو وهبه الثمن قبل القبول بطل وقيل لا فيكون ابراء ويشترط لصحة القبول حياة الموجب فلو مات قبله بطل وان يكون قبل رجوع الموجب فلو قال بعتك هذا بألف ثم قال لآخر بعتك نصفه بخمسمائة قال أبو يوسف يصح قبول الثاني ولا يصح قبول الاول بعد رجوع البائع عن النصف ولو خرج الرجوع والقبول معا كان الرجوع أولى وان يكون قبل تغير المبيع فلو قطعت يد الجارية بعد الايجاب أو ولدت أو تخمر العصير ثم صار خلا لم يصح قبول المشتري والظاهر ان التقييد بأخذ الارش اتفاقي وان يكون قبل رد المخاطب الايجاب فلو قال بعتك بألف فقال لا اقبل بل بخمسمائة ثم قال أخذت بألف قال أبو يوسف ان دفعه اليه فهو رضا والا فلا نهر ولا يشترط أن يشتمل القبول على الخطاب بعد ما صدر الايجاب بالخطاب فلو قال بعد قوله بعتك اشتريت ولم يقل منك صح ولو قال بعتك بألف فقال اشتريته بألف الى سنة أو بشرط الخيار لم يتم الا اذا رضي في المجلس بحر عن المجتبى (قوله ان كان بلفظ الماضي) مقتضاه انه لا ينعقد بالحال وليس كذلك ففي الشرنبلالية عن قاضيخان ينعقد بلفظين ينبئان عن التمليك والتملك على صيغة الماضي أو الحال الخ فذكر في النهر مانصه ولم يقيد الايجاب والقبول بالمضي لانه ينعقد بالمضارع لكن بالنية في الاصح قال في البحر وانما احتيج الى النية مع كونه حقيقة للحال عندنا على الاصح لغلبة استعماله في الاستقبال حقيقة أو مجازا كذا في البدائع وهذا فيما يحتمل الحال والاستقبال اما ما تمحض للحال كأبيعك الآن فلا يحتاج الى النية واما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسين أو سوف أو الامر فلا ينعقد به الا اذا دل الامر على المعنى المذكور كخذه بكذا فقال أخذته فانه كالماضي الا ان استدعى الماضي سبق البيع بالوضع وهذا بطريق الاقتضاء وفي الفتح البيع والاقالة لا يكتفى فيهما بالامر عن الايجاب اما الخلع والنكاح والهبة والكفالة والابراء والشامنة مالو قال لعبده اشتر نفسك مني بألف فقال فعلت فيقع الامر فيها ايجابا انتهى وصور الخلع في الصيرفية بما اذا قالت اخلعني على كذا فقال قد فعلت اما اذا قالت اخلعني فقال قد خلعتك على كذا لا يقع ما لم تقبل ووجه الفرق ان الامر في الاول ذكر معه البدل من جانبها بخلاف الثاني اذ البدل لم يذكر الا من جانبه فلهذا توقف على القبول منها (قوله مطلقا) صفة مصدر محذوف أي يلزم البيع بايجاب وقبول لزوما مطلقا أي سواء تفرقا أولم يتفرقا حموي فهو احتراز عن قول الشافعي لكل منهما خيار المجلس ما لم يتفرقا (قوله وقال الشافعي لكل واحد منهما خيار المجلس ما لم يتفرقا) لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان العقد تم من

(بايجاب وقبول) ان كانا بلفظ الماضي مطلقا فلا خيار لواحد منهما الا بعيب أو بعدم رؤية وقال الشافعي لكل واحد منهما خيار المجلس ما لم يتفرقا بدنا

الجانبين

الجانبين ودخل المبيع فى ملك المشترى واثبات الخيار لاحدهما يستلزم ابطال حق الآخر فينتفى بقوله عليه السلام لاضرر ولاضرار فى الاسلام والحديث محمول على خيار القبول فانه اذا أوجب احدهما فلكل منهما الخيار مادامافى المجلس ولم يأخذا فى عمل آخر وفى لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة ومابعده أوقبله مجازا كسائر اسماء الفاعلين زيلعى فمافى شرح العينى من قوله كسائر اسماء الافعال خلاف الصواب فيكون التفرق على هذا بالاقوال هذا تأويل محمد وقال أبو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول لما عهدنا ان الفرقة موجبة للفساد كمافى الصرف قبل القبض وماذكره يوجب التمام أى ماذكره الامام الشافعى من تفسيره الخيار بخيار المجلس دون خيار القبول يوجب تفرقهما من غير خيار تمام العقد ولانظير له فكان ماذكرنا أولى لكونه مطردا زيلعى وقوله عليه السلام لاضرر أى لايضر الرجل أخاه فينقصه شيأ من حقه ولاضرار بكسر اوله أى لايجازى من ضره والضرار فعل اثنين فالضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه مناوى على الجامع الصغير (قوله وان كان احدهما ماضيا والآخر مستقبلا لاينعقد) هذا محترز ماسبق من تقييد كون الايجاب والقبول بلفظ الماضى وقد علمت مافيه وان ذلك ليس بشرط بدليل ماسبق عن قاضيخان والحاصل ان سياق كلام الشارح يقتضى ان المراد بالمستقبل فى كلامه ماهو الاعم ممالوتمحض للاستقبال أولم يتمحض بان احتمل الحال بناء على مامشى عليه من انه لابد وأن يكونا بلفظ الماضى فانى كلام بعضهم حيث حمل المستقبل فى كلام الشارح على المتمحض للاستقبال يعنى ليتمشى كلام الشارح على ماهو المرضى عندهم فيه نظر ظاهر لان تصريح الشارح بقوله ان كانا بلفظ الماضى يمنع صحة هذا الحمل (قوله والايجاب مايتلفظ به أولا) يرد عليه مالوخر جامعا فان البيع صحيح كمافى التتارخانية نهر ويخالفه مافى القهستانى لو كانا معا لم ينعقد وجعل الواو فى قوله وقبول بمعنى الفاء اه وحينئذ لايرد شئ (قوله لانه أوجب جوابا على صاحبه) أى اثبت وليس المراد الوجوب المصطلح عليه نهاية وللموجب أن يرجع لانه ليس فى ابطال حق الغير بخلاف ما اذا قضى الاصيل الدين للكفيل قبل أن يقضى الكفيل أودفع الزكاة الى الساعى قبل الحول حيث لايكون لهما ان يرجعا فيه لان حق الكفيل والفقير تعلق به على تقدير أن يقضى الكفيل الدين وان يتم الحول والنصاب تام فلايملك ابطاله زيلعى ومفاده انه اذا تم الحول والنصاب غير تام يسترده منه وبه صرح الزيلعى فى كتاب الزكاة ونصه ثم المقدم يقع زكاة اذا تم الحول والنصاب كامل فان لم يكن كاملا فان كانت الزكاة فى يد الساعى استردها لان يده يد المالك حتى يكمل النصاب بمافى يده ويد الفقير أيضا حتى تسقط عنه الزكاة بالهلاك فى يده فيستردها منه ان كان باقيا ولايضمنه ان كان هالكا انتهى ومنه يعلم مافى عبارة الدرر حيث قال ولا ينتقض بما اذا دفع الزكاة قبل الحول الى الساعى فان المزكى لايقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكى فعمل حق الفقير لانتفاء ماهو أقوى منه انتهى ولهذا تعقبه عزمى بان الصواب الموافق لسائر الكتب أن يكتفى بتعلق حق الفقير بالمدفوع فانه كاف فى تحصيل المرام وأما زوال حقيقة الملك فدون اثباته خرط القتاد انتهى فان قلت اذا كان ملك المزكى باقيا يبقى الاشكال ولايكون مجرد تعلق حق الفقير كافيا فى الجواب ولهذا ذكر الشيخ عبد الحى مانصه ان لم يثبت زوال ملك المزكى لايكون حق الفقير مقاوما لحقيقة ملك المزكى انتهى قلت أجاب شيخنا بما منه يعلم عدم ورود قوله ولا ينتقض الخ من أصله وبه يستغنى عن التكلف فى الجواب حيث قال المال فى دفع الزكاة الى الساعى زائل عن يد مالكه حقيقة وفيما اذا أوجب البائع ولم يقبل المشترى المال باق فى يد المالك مع قيام الملك فيهما وهو الفرق انتهى (تتمة) قال فى الصحاح خرط القتاد أن تقبض على أعلاه ثم تمد يدك عليه الى اسفله وفى المثل دونه خرط القتاد انتهى (قوله وبتعاط) لان جواز العقد باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد وجد حتى لوصرح معه بعدم الرضا لم ينعقد كمافى القنية ولابد وان لايكون بعد عقد فاسد وباطل فان كان لم ينعقد به قبل المتاركة لانه بناء على السابق خلاصة وغيرها

وان كان أحدهما ماضيا والآخر مستقبلا لاينعقد والايجاب مايتلفظ به أولا سواء كان من جانب البائع أوالمشترى وانما سمى ايجابا لانه أوجب جوابا على صاحبه (و) يلزم البيع (بتعاط) اى تناول مطلقا

ومن صور التعاطى مالوجاء المودع بأمة غير المودعة قائلا هذه امتك والمودع يعلم انها غيرها وحلف فأخذها حل الوطء للمودع وللامة وكذلو ردها عليه بخيار عيب والبائع متيقن انها غيرها فأخذها ورضى فهو بيع بالتعاطى (تنبيه) تنعقد الاقالة بالتعاطى ولو من أحد الجانبين على الصحيح بزازيه وكذا الاجارة كما فى العمادية وكذا الصرف كما يدل عليه كلام الفتح حيث قال عليه دراهم فقال لرب الدين أعطيك مالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاء بها فدفعها اليه يريد الذى كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعا جاز انتهى ويدل عليه مافى التتارخانية اشترى عبدا بألف درهم على ان المشترى بالخيار وأعطاه مائة دينار ثم فسخ البيع فعلى قول أبى حنيفة الصرف جائز نهر قلت واستفيد منه ان اشتراط التقابض فى الصرف مقيد بما اذا لم يكن أحد البدلين دينا وجب لاحدهما على الآخر قبل الصرف (قوله سواء كان خسيسا أو نفيسا) وهو الصحيح خلافا للكرخى والنفيس نصاب السرقة والخسيس مادونه نهر وذكر الكمال ان المراد بالخسيس الاشياء المحتقرة كالبقل والرغيف (قوله سواء كان الاعطاء من جانب واحد) ليس المراد مايشمل قبض الثمن وحده بل المراد خصوص المبيع بدليل قوله كما لوقال المساوم كلنى خمسة اقفزة الخ فيوافق مافى النهر عن الكرمانى حيث قال واكتفى الكرمانى بتسليم المبيع مع بيان الثمن اما اذا دفع الثمن وحده ولم يقبض المبيع لايجوز الا اذا كان بيع مقايضة والصحيح ان قبض أحدهما كاف لنص محمد على انه يثبت بقبض أحد البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع وقوله أى محمد فى الجامع ان تسليم المبيع يكفى لاينفى الآخر نهر و بحر عن الفتح وفى كون كلام محمد يفيد الاكتفاء بقبض أحد البدلين اما المبيع أو الثمن بطريق النص نظر بدليل قول الزيلعى والعينى وأشار محمد الى انه يكفى تسليم المبيع ويؤيد ما استفيد من كلام الزيلعى والعينى من عدم الاكتفاء بقبض الثمن وحده على ما أشار اليه محمد ماسبق عن الكرمانى ثم رأيت القهستانى بعدان صحح الاكتفاء بقبض أحد البدلين ذكر مانصه قيل هذا اذا قبض المبيع وأما اذا قبض الثمن فلا يكفى كما فى العمادى لكن فى الزاهدى انه يكفى اذا كان على وجه الشراء انتهى (قوله كلنى خمسة اقفزة الخ) جعل هذا من بيع التعاطى فيه نظر لان التعاطى ليس فيه ايجاب شيخنا وكذا لوقال بعت منك هذا بدرهم فقبضه المشترى ولم يقل شيئا لايكون من بيع التعاطى لانه لا قول فيه أصلا كما فى البحر وكان قبضه قبولا لان القبول أعم من الفعل والقول قال شيخنا وقد جعل عزمى زاده هذه الصورة من بيع التعاطى تبع فيه غاية البيان وهو سهو ولعله لم يطلع على عبارة ابن الهمام انتهى (قوله فكال فذهب بها الخ) هذا كالتصريح من الشارح بأن المراد من قوله قبله سواء كان الاعطاء من جانب واحد خصوص المبيع كما قدمناه ولا يصح ان يراد بالاعطاء من جانب واحد مايشمل قبض الثمن وحده كما توهم ذلك بعضهم فذكر ان قوله من جانب واحد هو الصحيح لنص محمد على انه يثبت بقبض أحد البدلين وهو ينتظم الثمن والمبيع لان ذلك وان كان هو الصحيح لكن يأباه سياق كلامه فتدبر (قوله وعند البعض لا بد من اعطاء الجانبين) افتى الحلوانى به وفى البزازيه وهو المختار وفى العمادية قال صاحب المحيط وهو المختار عندى نهر (قوله وأى قام الخ) بيان لاشتراط اتحاد المجلس بأن لا يشتغل أحدهما بغير ماعقد له المجلس وان لم يدل على الاعراض ولهذا قال فى القنية لوقام لمصلحة لامعرضا لم يصح القبول وبه عرف ان قصر اختلاف المجلس على مايدل على الاعراض فيه قصور والدال على الاعراض كأكل الا ان يكون لقمة وشرب الا أن يكون الاناء فى يده ونوم الا أن يكونا جالسين وصلاة الا اتمام فريضة أو شفع نفلا وكلام ولو لحاجة ومشى ولو خطوة وقيام وان لم يذهب خلافا لما ذكره شيخ الاسلام بخلاف القعود والسفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانها لانهما لا يملكان ايقافها نهر وقوله وان لم يذهب يشير الى انه لولم يذكر المصنف قوله عن المجلس لكان أولى ولهذا لم يذكره فى الاصلاح والايضاح معللا بان الايجاب يبطل بمجرد القيام لدلالته على الاعراض عزمى زاده (قوله بطل الايجاب) لان القيام دليل الاعراض بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لانه يمين

سواء كان خسيسا أو نفيسا وسواء كان الاعطاء من جانب واحد كما لوقال المساوم كلنى خمسة أقفزة بخمسة دراهم فكال فذهب بها فهو بيع وان لم يعط الدراهم ومن الجانبين وعند البعض لا بد من اعطاء الجانبين وعند أبى الحسن الكرخى يجوز التعاطى فى الخسيس (وأى) من المتعاقدين اذا (قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب)

من

من جهتهما والقبول شرط والايجاب لا تبطل بالقيام زيلعي (قوله فلا يبقى للآخر ولاية القبول بعده) أي بعد القيام لان خيار القبول يمتد بشرط اتحاد المجلس وعند الشافعي لا يمتد بل هو على الفور قلنا ان خيار القبول الثابت للمشتري بايجاب البائع محتاج الى التروي والتفكر فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة عيني واعلم ان ما اشترطه الشافعي من كون القبول على فور الايجاب لا ينافي ما سبق من عدم لزومه بالايجاب والقبول عنده حتى كان لهما خيار المجلس مالم يتفرقا بدنا (قوله ولا بد من معرفة قدر) أي قدر مبيع وثمن اذا كان كل منهما غير مشار اليه ككر حنطة وخمسة دراهم فلو كان قدر المبيع مجهولا جهالة فاحشة كما لو باعه جميع ما في هذه الدار والمشتري لا يعلم ما فيها لم يصح بخلاف اليسيرة كما لو باعه جميع ما في هذا البيت أو الصندوق فانه يصح فان قلت كيف يصح بيع جميع ما في البيت أو الصندوق اذا لم يكن للمشتري علم بما فيه على ما يعلم من سياق كلام النهر مع ان الجهالة فيه من قبيل جهالة الجنس قلت هو محمول على ما اذا باع جميع ما في البيت من الرقيق أو الدواب أو الثياب على ما يعلم من سياق كلام البحر عن الخانية فلهذا كانت الجهالة بعد ذلك يسيرة لكونها من جهالة النوع وقوله في النهر فانه يصح ليس المراد منه لزوم البيع بل مجرد الجواز فيثبت للمشتري خيار كشف الحال أخذا مما سيأتي في مسئلة البيع بحجر أو انا معين لم يعلم قدره صرح في البحر بثبوت الخيار فيه فاذا ثبت فيه الخيار مع ان المبيع بمرءى من المشتري فلأن يثبت هنا وهو مستور غير مرئي للمشتري بالطريق الاولى وان كان المبيع لا يحتاج الى التسليم صح البيع بدون معرفة قدره كمن أقر ان في يده متاع فلان غصبا أو وديعة ثم اشتراه منه يجوز وان لم يعرف مقداره ومعرفة حدود الارض تغني عن معرفة قدرها وجهل البائع غير مانع بخلاف جهل المشتري ولو اشترى كذا وكذا قربة من ماء الفرات قال أبو يوسف ان كانت القربة بعينها جاز لمكان التعامل وكذا الراوية والجرة والقياس أن لا يجوز اذا كان لا يعرف قدرها وهو قول الامام وجهالة الثمن مانعة كبيعه بقيمته أو رأس ماله أو بما اشتراه فلان فان علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه يعود الى الجواز (فرع) قال المديونه بعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وهذا الآخر بباقي العشرة جاز مع جهالة الثمن في كل منهما وهذه ترد على المصنف لكن علله في الفتح بعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم البيع الثاني اليه اذ به يصير ثمنهما عشرة انتهى ولم ار ما لو وجد بأحدهما عيبا وينبغي أن يكونا في حكم صفقة واحدة فيردهما أو يأخذهما نهر (قوله ووصف ثمن الخ) لان جهالته تفضي الى المنازعة اعلم ان اضافة الوصف الى الثمن تشعر بأن معرفة الوصف شرط في الثمن فقط دون المبيع بخلاف اشتراط معرفة القدر فانه بالنسبة لكل من المبيع والثمن ولهذا ذكره مطلقا ولم يضفه لواحد منهما وما ذكره في البحر من ان معرفة الوصف شرط في المبيع أيضا حيث لم يكن مشارا اليه رده في النهر واعلم ان الدراهم والدنانير أثمان ابدا سواء قوبلت بغيرها او بجنسها وأما الاعيان القيمية فمبيعة أبدا وأما الاعيان المثلية فان قوبلت بالنقود فهي مبيعات أو بأمثالها فما كان موصوفا في الذمة ثمن وما كان معينا فمبيع فان كان كل منهما معينا فما صحبه الباء أو على فهو ثمن كما في الفتح ومن حكم النقود انها لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات بل في المغصوب والامانات والوكالات وكذا في كل عقد ليس معاوضة ولا تتعين في المهر قبل الطلاق و بعده قبل الدخول وفي تعينها في العقود الفاسدة روايتان ولو كسدت في يد الدلال فلا مطالبة على المشتري حيث باع باذن المالك بحر فان قلت يخالفه ما في الدر حيث قال شرى بقطع رائجة فكسدت يجب قيمتها يوم البيع من الذهب لا غير اذ لا يمكن الحكم بمثلها لمنع السلطان ولا يدفع قيمتها من الفضة الجديدة لانها مما يغلب غشها فجيدها ورديئها سواء اه قلت لا تخالف لان ما في الدر يحمل على ما اذا كسدت قبل ان يقبضها البائع أو الدلال فتدبر (قوله أي اذا كان الثمن غير مشار اليه) فيه قصور وكان الاولى ابقاء المتن على اطلاقه متنا ولا للمبيع (قوله لا بد من معرفة قدره) فبيع الشئ برقمه من قبيل الفاسد كما في الشرنبلالية خلافا لما في الدرر حيث

فلا يبقى للآخر ولاية القبول بعده (ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار) اي اذا كان الثمن غير مشار اليه لا بد من معرفة قدره ووصفه

جعله من الموقوف والرقم بسكون القاف علامة يعرف بها مقدار ما وقع به البيع من الثمن فاذا لم يعلم المشترى ينتظران علم فى مجلس البيع نفذ وان تفرقا قبل العلم بطل درر من باب البيع الفاسد وتعقبه فى الشرنبلالية من وجهين الاوّل ان قوله نفذ نظر فيه بأن النافذ لازم وهذا فيه الخيار بعد العلم بقدر الثمن فى المجلس الثانى ان قوله بطل غير مسلم لانه فاسد يفيد الملك بالقبض وعليه قيمته بخلاف الباطل وأجاب شيخنا عن الاول بأنه ليس كل نافذ لازما فقد شاع أخذهم النافذ مقابلا للموقوف انتهى ولهذا ذكر الشارح أول باب خيار الرؤية ان خيار العيب يمنع لزوم الحكم مع ان بيع المعيب نافذ (قوله لامشار) بالرفع كما اقتضاه مزج العينى فى شرحه حيث قال لا يحتاج الى معرفة القدر فى المبيع والثمن و وصفه فى الذى هو مشار اليه وضبطه بالرفع الشمس الغزى بالقلم والرازى ضبطه بالقلم بالجر (فرع) قال بعت منك هذا الحمار بكذا وأشار الى عبد جاز العقد على العبد ولا عبرة بالتسمية لان العقد تعلق بالمشار اليه حموى عن المحيط (قوله أى اذا كان الثمن مشارا اليه) فيه قصور والاولى ان يقال كما فى الزيلعى أى لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف فى المشار اليه من الثمن أو المبيع لان الاشارة ابلغ أسباب التعريف و جهالة قدره و وصفه بعد ذلك لا تفضى الى المنازعة فلا تمنع الجواز بخلاف الربوى اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافا لاحتمال الربا و بخلاف رأس مال السلم كذا ذكر الزيلعى رأس مال السلم مطلقا لكن قيده فى النهر والدرر بما اذا كان مكيلا أو موزونا فكلام الزيلعى خال عن تقييد رأس مال السلم بالمكيل والموزون خلافا لمن عزا اليه ذلك فلو أشار الى دراهم مستورة فلما كشف عنها ظهر انها زيوف أو خلاف نقد البلد استحق الجياد من نقد البلد بحر ولو وجدها ستوقة أو رصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان كان أتلفها نهر (تتمة) اقرّ المؤجر بقبض الاجرة ثم ادعى انها زيوف أو نبهرجة لا يقبل قوله ولا بينته ولو قال قبضت من المستأجر كذا من الدراهم ولم يقل الاجرة ثم قال هذه الدراهم نبهرجة فالقول قوله والحاصل انه متى أقرّ بقبض الحق ثم ادعى انه زيوف لا يصدق لتناقضه لان اقراره بقبض الحق اقرار بقبض الجياد وكذا البائع اذا ادّعى ان ما قبضه من المشترى وجده مردودا بين الناس وأراد ردّه على المشترى فان سبق منه الاقرار بقبض الثمن لم يقبل قوله ولا يلزم المشترى ان يدفع اليه غيره ذلك ولو اختار البائع تحليف المشترى يحلفه القاضى على العلم فاذا نكل ردّت عليه لانه أقرّ بما ادّعاه بطريق النكول وان لم يقر بقبض الثمن بل اقر بقبض دراهم مثلا ولم يقل هى الثمن ولا الحق كان القول للبائع مع يمينه هذا اذا انكر المشترى انها من دراهمه وكذا الديون ينبغى أن يكون الجواب فيها كالجواب فى الاجرة والثمن هذا كله ان كان الذى يريد ردّه من الزيوف او النبهرجة وأما الستوقة فلا يقبل قوله مطلقا سواء أقر بقبض الحق أم لم يقر بأن اقتصر على قوله قبضت كذا من الدراهم مثلا لان الستوقة ليست من جنس الدراهم شيخنا عن أنفع الوسائل واعلم ان الزيوف كالجياد فى مسائل ستة تعلم بمراجعة البحر (تتمة) سئل شيخنا عما اذا ادّعى البائع عدم البيع فى نفس الامر بل بحسب الظاهر وانه اتفق مع المشترى على ذلك أى على انه يبيع منه داره لامر يخافه ارتكبه فى الظاهر وليس ذلك ببيع فى الحقيقة وأنكر المشترى ذلك فأجاب بأنه اذا ثبت بالبينة ما ذكر منع المشترى وان لم يكن له بينة استحلفه قال وهذا البيع باطل و يعبر عنه ببيع التلجئة كما فى الخانية وغيرها انتهى (قوله و باجل معلوم) معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا من غير فصل وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودى الى أجل ورهن درعه زيلعى والحديث رواه البخارى ومسلم عن عائشة وليس فيه ذكر المشترى يعنى المبيع فادرج صاحب الهداية طعاما كذا ذكره نوح أفندى والذى فى الدرر المشترى كان ثوبا قيد بالمعلوم لانه الى مجهول فاسد وليس منه ما لو باعه مؤجلا لانصرافه الى شهر ولو اختلفا فى أصله فالقول لنافيه أو فى قدره فلمدعى الاقل والبينة بينة المشترى فى الوجهين ولو فى مضيه فالقول للمشترى والبينة بينته أيضا نهر عن الحدادى و يبطل الاجل بموت المشترى لا البائع ولا يبطل بقول المشترى لا حاجة لى بالاجل أو برئت منه

(لامشار) أى اذا كان الثمن مشارا
اليه لا حاجة الى معرفة قدره ووصفه
فى جواز البيع (وصح) البيع (بثمن
حال و) مؤجل (باجل معلوم

ولو قال تركته أو أبطلته أو جعلت المال حالا بطل * له ألف من ثمن مبيع فقال أعطيه كل شهر مائة درهم لا يكون تأجيلا * عليه ألف جعله الطالب نجوما ان أخل بنجم حل الباقي فالامر على ما اشترطا نهر وغيره وقوله ان أخل الخ أي على شرط انه ان أخل بنجم حل الباقي وابتداء التأجيل من وقت التسليم ولو فيه خيار فمن سقوط الخيار عنده خانية ولو حبس البائع السلعة سنة الاجل فللمشتري أجل سنة ثانية عند الامام خلافا لهما ومحل الاختلاف ما اذا قال الى سنة أما لو قال الى رجب وحبسه اليه فليس له من الاجل غيره لانه علم على رجب فانصرف الى أول رجب يأتي عقيب العقد بائتاً في درر مع الشرنبلالية بقي ان يقال مقتضى التعبير بحبس البائع السلعة انه امتنع من تسليم المبيع للمشتري حتى مضت سنة التأجيل فيستفاد منه ان المشتري لو لم يطلب المبيع من البائع حتى مضت السنة لم يكن له سنة أخرى لعدم وجود الامتناع من البائع فكان التقصير من المشتري الى هذا أشار في الدرر لكن في البحر عن شارح المجمع المراد بمنعه سنة التأجيل عدم قبض المشتري المبيع مجازا لا كون منعه سببا له انتهى فعلى هذا اذا مضت سنة التأجيل قبل القبض يكون له سنة أخرى سواء وجد الطلب من المشتري فامتنع البائع ام لا فتدبر (تتمة) باع بحال ثم أجله أجلا معلوما أو مجهولا كنيروز وحصاد صار مؤجلا درر عن المنية فعلى هذا قولهم البيع الى أجل مجهول فاسد مقيد بما اذا وقع الاجل شرطا في صلب العقد ولكن عدم الفساد بالنسبة لمذهب الصاحبين ظاهر وأما الامام فلا فرق في الفساد عنده بين ان يقع في صلب العقد أو بعده ولهذا نقل في البحر عن الخانية ما نصه لو باعه ثم أجل الثمن الى الحصاد فسد عند الامام خلافا لهما انتهى بقي ان يقال عدم فساد العقد عندهما حيث لم يكن اشتراط الاجل المجهول في صلب العقد لا يستلزم صحة اشتراطه بل عدم صحته مما لا خلاف فيه ولهذا قال في البحر ومن الاجل المجهول ما اذا شرط ان يعطيه الثمن كل أسبوع البعض فان لم يكن شرطا في البيع وانما ذكره بعده لم يفسد وكان له ان يأخذ الكل جملة انتهى فقوله وكان له ان يأخذ الكل جملة ظاهر في عدم صحة اشتراط الاجل المجهول عندهم وانما الخلاف في فساد العقد فقط حيث لم يشترط في صلب العقد فما في الدرر عن المنية من انه يصير مؤجلا سواء كان الاجل معلوما أو مجهولا فيه نظر ظاهر (قوله ومطلقه) أي مطلق الثمن أراد ان يكون مطلقا عن نقد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال عشرة دراهم مثلا فاذا كان كذلك ينصرف الى المتعامل به في بلده لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص زيلعي فاذا باع الآن بعشرة قروش انصرفت الى ثلاثمائة نصف فضة اذ المتعامل به عند اطلاق القرش ثلاثون نصفا فضة والقرينة على هذه الارادة قوله السابق ولا بد من معرفة قدر (قوله على النقد الغالب) سواء كان هو المتعامل به مع وجود دراهم أخرى لا يتعامل بها أو يتعامل بها الا ان غيرها أكثر تعاملا نهر (قوله كان على غالب نقد البلد) أي الذي جرى فيه البيع لا بلد المتعاقدين نهر ومنه يعلم جواب ما توقف فيه السيد الحموي حيث قال ينظر حكم ما لو باعه بمصر بالريال ولم يقبض منه بها ثم وكل وكيلا بالقبض منه بأرض الحجاز هل تعتبر قيمة الريال بمصر التي وقع بها العقد أم قيمته بأرض الحجاز انتهى واعلم ان اعتبار قيمة الريال محمول على ما اذا عدم الريال أو وقع عليها التراضي والا لا يجبر على أخذ القيمة (قوله فسد البيع) ان لم يبين المشتري في المجلس ويرضى البائع لارتفاع المفسد قبل تقرره قيد بالبيع لانه في الوصية اذا اختلفت الدراهم في المالية وتساوت في الرواج تنفذ وصاياه بأقل النقود وان تفاوتت في الرواج وتساوت في المالية انصرفت الى النقد الغالب بحر (قوله هذا اذا كان الكل في الرواج سواء) اعلم ان المسئلة رباعية استويا مالية ورواجا خير في الدفع كالكلاب وانصافها وثلاثها اختلفا مالية ورواجا كالريال والكلب بالشام انصرف الى غالب نقد البلد اختلفا رواجا فقط انصرف الى الاروج كالريال والاثمان منه الرابعة منطوق المتن اختلفا مالية واستويا رواجا فسد كالريال والكلب بمصر فاذا باعه بعشر قروش حجارة لا بد من البيان في المجلس شيخنا (قوله ينصرف الى الاروج) مقيد بما اذا كانت في المالية سواء أما اذا اختلفت في المالية والرواج ينصرف

ومطلقه على النقد الغالب) أي ومن أطلق الثمن في البيع بأن ذكر القدر دون الصفة كان على غالب نقد البلد (وان اختلفت النقود) في البلد (فسد البيع (ان لم يبين) أحدهما هذا اذا كان الكل في الرواج سواء وان كان بعض النقود أروج ينصرف الى
ا

الى غالب نقد البلد كما سبق واعلم ان الذهب من قبيل المختلف مالية فقط دون الرواج فلو وقع البيع بالذهب مطلقا يفسد ان لم يتراضيا على بيانه فى المجلس فيعود العقد الى الجواز لزوال المفسد قبل تقرره وهذا مما يختلف باختلاف الزمن والمرجع فيه العرف حتى لو تعورف انصراف الذهب عند ذكره مطلقا لنوع معين كان ذلك بمنزلة التنصيص عليه اذ المعروف عرفا كالمشروط شرطا (قوله وباع الطعام) هو الحنطة ودقيقها فعطف الحبوب من عطف العام على الخاص نهر وفى البحر الفتوى على ان الطعام لا يخص الحنطة والدقيق الخ (قوله كيلا) تمييز غير محول على حد امتلأ الاناء ماء وفى البحر عن البزازية بيع الحنطة بالدراهم وزنا يجوز ويجوز بيع كل ما لا يتفاوت كالبر بلا اشارة ولا اضافة لو كان فى ملكه قدر المبيع (قوله وجزافا) مثلث الجيم در واقتصر فى البحر والنهر على الضم ونقل السيد الحموى عن المفتاح انه بكسر الجيم هو المسموع انتهى وهو باطلاقه يشمل ما لو باعه بعد ان استحصد الزرع أى ادرك قبل الدوس والتذرية لانه باع موجودا يقدر على تسليمه بخلاف لو باع تبنه لانه لا يكون الا بعد الدوس والتذرية شيخنا (قوله هذا اذا باعه بخلاف جنسه) ولم يكن رأس مال السلم زيلعى والجنس اخص من النوع عند الاصوليين قهستانى (قوله وان باع بجنسه الخ) الا اذا ظهر تساويهما فى المجلس بحر أو كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع لان ادنى ما يكون مال الربا نصف صاع حتى اذا باع منا من حنطة بمن ونصف من يجوز وقال القهستانى ادنى مال الربا نصف صاع أو قفيز على اختلاف العبارتين أو ار واثنتين انتهى وعن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم كثيره فالقليل منه حرام عينى (قوله ويباع باناء أو حجر الخ) لان هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة وهذا من المجازفة وعطفه عليها لانه على صورة الكيل وليس به حقيقة ففى السراج ومن المجازفة ما لو اشتراه بكايلة باناء لا يعرف قدره نهر ويشترط لبقاء العقد على الصحة بقاء الاناء أو الحجر على حالهما فلو تلف قبل التسليم فسد البيع لانه لا يعلم مبلغ ما باعه والمراد جواز البيع لا اللزوم فله خيار كشف الحال بحر وفيه عن النوازل اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا ثم علم به جاز وله الخيار انتهى ومفاده عدم الجواز اذا لم يعلم بمبلغ وزن الحجر من الذهب لكون الثمن مجهول القدر فيفسد العقد لكن اذا حصل العلم به فى المجلس يعود الى الجواز لزوال المفسد قبل تقرره فقوله فى النوازل جاز أى عاد الى الجواز والذهب ليس بقيد فغيره كالفضة والفلوس الجدد كذلك (قوله عن أبى حنيفة انه لا يجوز) لان هذا جزاف وشرط جوازه ان يكون مميزا مشارا اليه زيلعى والاول هو الاصح نهر وحمل فى الفتح ما روى عن الامام من عدم الجواز على عدم اللزوم قال فى البحر وهو غير محتاج اليه بل ظاهر الهداية انه على حقيقته ولهذا قال الجواز أصح واظهر انتهى (قوله وانما خص الحجر الخ) فيه ان بعض الحجارة قد تتفتت حموى وأجاب شيخنا بان هذا خارج عن كلامه لتخصيصه بعده بحجر لا يحتمل الزيادة والنقصان (قوله حتى لو باعه بوزن هذه البطيخة لم يجز) لاحتمال النقصان بالجفاف قال فى الفتح وليس بشئ فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا اذا شرط تعجيل التسليم ولا جفاف يوجب نقصا فى ذلك الزمن وبتقدير التسليم فالجفاف يسير وقد قالوا لو باع الجمد فى الجمدة جاز مطلقا فى الاصح اذا سلمه قبل ثلاثة أيام لان النقص قبلها قليل فاهدر فكذا فى البطيخة نهر (قوله يريد بالاناء الخ) ينبغى ان يزيد ويريد بالحجر حجرا لا يتفتت كالصوان حموى وفيه ان هذا استفيد من قوله المسئلة فيما لا يحتمل الزيادة والنقصان (قوله لا يتسع عند الكيل الخ) بأن يكون من خشبة او حديد بخلاف الزنبيل والغرائر بحر (قوله فانه لا يجوز) الا فى قرب الماء استحسانا للتعامل فيه روى ذلك عن أبى يوسف زيلعى وفى البحر عن المحيط بيع الماء فى الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جعله فى وعاء انتهى ولم يذكر وجهه وهو ظاهر فى البئر لاختلاط المبيع بغيره اذا كانت معينة ولان ما فى البئر أو الحوض من الماء مجهول القدر اذ القلة والكثرة تختلف بحسب اختلاف العمق فكانت الجهالة متفاحشة بخلاف الجهالة فى بيع الطعام جزافا أو البيع باناء أو بحجر بعينه لم يعلم قدره فانها يسيرة هذا

(وباع الطعام) والحبوب (كيلا وجزافا) هو معرب الكزاف والجزاف فى البيع والشراء ما يكون بلا كيل ولا وزن هذا اذا باعه بخلاف جنسه مجازفة وان باع بجنسه مجازفة لا يجوز (و) يباع (باناء أو بحجر بعينه) متعلق بهما (لم يدر قدره) وروى الحسن عن أبى حنيفة انه لا يجوز وانما خص الحجر بالذكر لان المسئلة فيما لا يحتمل الزيادة والنقصان والحجر كذلك حتى لو باعه بوزن هذه البطيخة أو هذا الطين لم يجز لاحتمال النقصان بالجفاف ومن هذا علم انه يريد بالاناء اناء لا يتسع عند الكيل ولا ينقبض فسد علمه فانه لا يجوز (ومن باع صبرة) من الطعام

اذا كان الماء فى البئر أو الحوض مملوكا فان كان مباحا كالآبار التى توجد فى الفلوات فوجه عدم جواز البيع ان المباح لا يملك قبل الاحراز (قوله ومن باع صبرة) الصبرة هى البر المجموع حموى ونقل عن القاموس الصبرة بالضم ما جمع من الطعام بلا كيل ووزن قال فى النهر وليست الصبرة قيدا بل أراد بها كل مكيل أو موزون أو معدود لا تتفاوت آحاده (قوله كل صاع بدرهم) هذا مثال لانه لو قال كل صاعين أو ثلاثة فانه يصح بقدر ما سمى عنده بحر قال وقيد بعدم تسمية ثمن الجميع لانه لو بينه ولم يبين جملة الصبرة كما لو قال بعتك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم فانه يجوز فى الجميع اتفاقا واعلم ان قوله كل صاع بدرهم بالنصب بدل من صبرة عينى ونقل السيد الحموى عن المفتاح انه مبتدأ وخبر والجملة صفة صبرة والصاع اسم للخشبة المنقورة التى تسع أربعة امناء (قوله صح البيع فى صاع واحد عند أبى حنيفة) لانه معلوم والباقى مجهول عينى مع الخيار للمشترى لتفرق الصفقة عليه دون البائع نهر وذكر فى البحر ما نصه وفيها أى فى غاية البيان لكل منهما الخيار قبل الكيل للجهالة أو لتفرق الصفقة واستشكل القول بتفرق الصفقة على قول الامام لانه قال بانصرافه الى الواحد وصرح فى البدائع بلزوم البيع فى الواحد وهو الظاهر اه (قوله الا ان يسمى جملة قفزانها) قال فى النهر وافهم كلامه انه فاسد فى الباقى الى تسمية الكل فى المجلس أو كيله فيه لزوال المفسد قبل تقرره فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشترى فان رضى هل يلزم البيع بدون رضا البائع أو يتوقف على قبوله روى الثانى عن الامام انه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضى المشترى بأخذ الكل لا يعمل فسخه وهو الظاهر انتهى وان علمت التسمية أو الكيل بعد الافتراق تقرر الفساد وقول العينى وان علم ذلك بعد الافتراق فسد البيع قال شيخنا لعله لو قال تقرر الفساد كان أولى كما لا يخفى (قوله وقالا يجوز فى الكل الخ) لان المبيع معلوم بالاشارة والمشار اليه لا يحتاج الى معرفة قدره وجهالة الثمن بيدهما رفعها بان يكيلاه فى المجلس وما هو كذلك لا يفضى الى المنازعة وله ان الثمن مجهول وذلك مفسد ولا جهالة فى القفيز فصح فيه وكون العاقدين بيدهما ازالة الجهالة لا يوجب صحة البيع قبل ازالتها بدلالة الاجماع على عدم جواز بيع الثوب برقمه مع ان بيد البائع ازالتها وظاهر الهداية ترجيح قولهما وفى عيون المذاهب لابى الليث الخوارزمى احترازا عن أبى الليث السمرقندى وبه يفتى لا لضعف دليل الامام بل تيسيرا على الناس نهر (قوله لا يصح عنده فى الكل) أى كل صاع منهما الا فى المجموع بقرينة قوله الآتى ان العقد يصح على قفيز واحد منهما عنده حموى واقول يعين ارادة المجموع قوله فى الدرر لا يصح البيع عنده فى قفيز واحد لتفاوت الصبرتين ثم حكى عن المحيط والايضاح ما نقله الشارح عنهما والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف (قوله وذكر فى المحيط والايضاح ان العقد يصح على قفيز واحد الخ) أى لا يفسد البيع فى جميع الصبرتين عند أبى حنيفة بل يصح فى قفيز واحد منهما أى فى نصف قفيز من كل واحدة منهما و يفسد فى الباقى نوح افندى (قوله ومن باع ثلة) بفتح المثلثة وتشديد اللام عينى قال فى القاموس هى جماعة الغنم أو الكثير منها أو من الضأن خاصة الخ وبالضم الكثير من الناس نهر (قوله أى قطيع غنم) اقتصر عليه الشارح نظرا لقوله كل شاة بدرهم أو اشار به الى بيان معنى الثلة فى اللغة والا فالحكم يعم الابل والبقر وكل ما فى تبعيضه ضرر كالمصنوع من الاوانى ولهذا قال الزيلعى وعلى هذا كل عددى متفاوت (قوله أو ثوبا) يضره القطع اما فى الكرباس فينبغى ان يجوز عنده فى واحد كالصبرة نهر وهذا عند أبى حنيفة وعندهما يجوز فى الكل لما ذكرنا ان هذه الجهالة بايديهما رفعها وله ما ذكرنا من الجهالة الا ان الواحد متيقن به فيصرف اليه غير ان افراد الشياه متفاوتة فيفسد وقطع ذراع من الثوب ضرر على البائع فلا يجوز كما لو باع جذعا من سقف زيلعى ومنه يعلم ما فى قول العينى والدليل ما مر بقى ان ظاهر تنظير الزيلعى ببيع جذع من سقف يفيد انه لو قطع الثوب وسلمه يجبر المشترى على القبول كما هو الحكم فى الجذع لكن فى البحر لو قطع الذراع وسلمه لم يجز أيضا الا ان يقبل وعن أبى يوسف جوازه

(كل صاع بدرهم صح) البيع (فى
صاع) واحد عند ابى حنيفة الا ان
يسمى جملة قفزانها وقالا يجوز فى
الكل سمى أو لم يسم ولو باع كل قفيز
بدرهم من صبرتى بر وشعير لا يصح
عنده فى الكل وعندهما يصح
فى الكل وذكر فى المحيط والايضاح
ان العقد يصح على قفيز واحد منهما
عنده (ومن باع ثلة) أى قطيع غنم
(أو ثوبا) مشارا اليه (كل شاة أو كل
ذراع بدرهم فسد) البيع (فى
الكل) أى فى كل المبيع

وعن محمد هو فاسد لكن لو قطع وسلم ليس للمشتري الامتناع ثم اعلم ان ما وقع في نسخ الزيلعي من قوله وقطع ذراع من الثوب ضر رعلى الباقي وجرى عليه بعضهم تحريف من النساخ والصواب على البائع شيخ شاهين (قوله ولو سمى الكل) أي كل المبيع والثمن كذا في النهر لكن نقل السيد الحموي عن المفتاح انه اذا سمى جملة الاغنام والذرعان ولم يسم جملة الثمن فقال بعت منك هذه العشرة اغنام أو هذا الثوب وهو عشرة اذرع جاز اتفاقا وكذا اذا سمى جملة الثمن ولم يذكر المعقود عليه وقال بعت منك هذه الاغنام أو هذا الثوب بعشرة كل شاة أو ذراع بدرهم جاز اتفاقا اهـ وقوله بعت منك هذه العشرة اغنام الخ يحمل على انه سمى لكل شاة أو ذراع ثمنا يشير الى ذلك قوله ولم يسم جملة الثمن وان كان ذلك يستلزم العلم بجملته فقوله ولم يسم جملة الثمن أي لم يذكر جملته صريحا وقوله وكذا اذا سمى جملة الثمن ولم يذكر المعقود عليه الخ أي لم يذكر جملة المعقود عليه واعلم ان ما في المفتاح لا ينافي ما في النهر عن الحلواني من انه اذا علم عدد الاغنام في المجلس لا ينقلب العقد صحيحا في الاصح لكن لو كان كل منهما على رضاه ينعقد البيع بالتعاطي والعلم به بان عزلها المشتري وذهب والبائع ساكت اهـ ومثله في الدرعن السراج مع زيادة قوله ونظيره البيع بالرقم اهـ ووجه عدم المنافاة ان كلام المفتاح مفروض فيما اذا وجدت تسمية جملة الاغنام أو الذرعان عند العقد فكان المبيع معلوما لا جهالة فيه ولهذا قال في الدر بعد قوله وان علم عدد الغنم في المجلس لم ينقلب صحيحا عنده على الاصح الخ مانصه ولو سمى عدد الغنم والذرع أو جملة الثمن صح اتفاقا انتهى فتحصل ان شرط الجواز احد امرين اما العلم بجملة الثمن وان لم يعلم عدد المعقود عليه أو العلم بعدد المعقود عليه وان لم يعلم جملة الثمن لان العلم بثمن كل واحد من الشياه أو الذرعان يغني عن التصريح بجملة الثمن وبما قررناه يظهر لك ان ما وقع لبعضهم من قوله ولو علم عدد الاغنام في المجلس انقلب صحيحا عنده على الاصح صوابه لم ينقلب كما في البحر والنهر والدر وشرح الحموي بخطه في مسودته ويدل على ذلك أيضا ما سبق من انه اذا كان كل منهما على رضاه ينعقد البيع بالتعاطي (قوله في هذه المسائل الثلاث) الصبرة والثلة والثوب (قوله فحينئذ لا يحتاج الى التقدير) أي الى زيادة التقدير اذ تقدير قوله في هذه المسائل يغني عن زيادة تقدير قوله أي في كل المبيع حموي (قوله فلو نقص كيل الخ) والقول للمشتري في النقصان وان وزنه له البائع مالم يقر بانه قبض منه المقدار نهر عن الخانية (قوله أخذ بحصته) لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكيلا أو موزونا نهر والتقييد بالمثلي للاحتراز عن القيمي ولهذا ذكر في النهر أيضا عن الخانية مانصه باع لؤلؤة على انها تزن مثقالا فوجدت أكثر سلمت للمشتري لان الوزن فيما يضره التبعيض وصف بمنزلة الذرعان في الثوب انتهى (قوله أو فسخ) لتفرق الصفقة وكذا كل مكيل أو موزون ليس في تبعيضه ضرر در (قوله فالزائد للبائع) لان المبيع وقع على مقدار معين فما زاد لم يدخل في العقد وقيده الزاهدي بما لا يدخل تحت الكيلين أو الوزنين اما ما يدخل فلا يجب رده واختلف في قدره فقيل نصف درهم في مائة وقيل دانق في مائة لا حكم له وعن أبي يوسف دانق في عشرة كثير وقيل مادون حبة عفو في الدينار وفي القفيز المعتاد في زماننا نصف من نهر (قوله ان شاء أخذها بجملة الثمن) لان الذرع وصف لانه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن ولو اعورت عند المشتري جاز له ان يرابح على ثمنها بلا بيان نهر وظاهر اطلاقه انه لا يلزمه البيان مطلقا وان أخذ الارش (قوله وان شاء ترك) لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما لو اشتراها على انها بكر فوجدها ثيبا نهر (قوله فهو للمشتري) كما لو باعها على انها ثيب فوجدها بكرا واعلم ان اطلاقه يفيد ان الزيادة له ديانة أيضا وهو قول أبي حفص الكبير وأبي الليث لكن المذكور في فتاوى النسفي وامالي قاضيخان انها لا تسلم له ديانة (قوله ولا خيار للبائع) كما اذا شرط معيبا فوجده سليما عيني وتظهر ثمرة كون الذرع وصفا والقدر أصلا في مواضع منها مسئلة الكتاب ومنها انه لا يجوز للمشتري التصرف

في المكيل

(ولو سمى الكل) في المجلس في هذه المسائل الثلاث (صح) مطلقا سواء كان عند العقد أو بعده ليوافق قوله فسد في الكل أي في كل المبيع في هذه المسائل فحينئذ لا يحتاج الى التقدير (فلو نقص كيل أخذ بحصته أو فسخ وان زاد فللبائع) أي لو ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدت أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته وان شاء فسخ البيع وان وجدها أكثر فالزائد للبائع (ولو نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك وان زاد فللمشتري) أي ان اشترى ثوبا أو أرضا على انه عشرة أذرع بعشرة فوجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بجملة الثمن وان شاء ترك وان وجدها أكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري (ولا خيار للبائع

فى المكيل والموزون قبل الكيل أوالوزن اذا اشتراه بشرط ذلك و يجوزله فى المذروع قبل الذرع سواء اشتراه مجازفة أو بشرط الذرع لان الذرع لما كان وصفا لم يلزم اختلاط المبيع بغيره لان الكل للمشترى سواء زاد أونقص ولما كان كل من الكيل والوزن أصلا يلزم الاختلاط اذا زاد المبيع لان الزائد للبائع ومنها ان بيع الواحد بالاثنين لا يجوز فى المكيلات والموزونات لكون الزيادة فيهما أصلا فكانت شيئا يعتدبه فلا يجوز البيع بدون المساواة بخلاف المذروع والفارق بين الاصل والوصف ان ما يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف ومالا يتعيب بهما فالزيادة والنقصان فيه أصل وقيل الوصف مالوجوده تأثير فى تقوم غيره ولعدمه تأثير فى نقصان غيره والاصل مالا يكون كذلك ولهذا كان القدر فى المكيلات والموزونات أصلا بخلاف الذرع فى المذروعات فانه وصف لان المكيل والموزون لا يتعيب بالنقص والمذروع يتعيب به ولان عشرة أقفزة حنطة مثلا لو انتقص منها قفيز يشترى الباقى منها بالثمن الذى كان يخصه ولو انتقص من المذروع كالثوب أوالدار ذراع لا يشترى الباقى منها بالثمن الذى كان يخصه نوح أفندى ملخصا وقوله الوصف مالوجوده تأثير فى تقوم غيره أى فى زيادة تقوم غيره ويحصل من كلامه ان القلة والكثرة لا تنافى كون الذرع وصفا هنا فى النهر من قوله وفى كون الذرع من قبيل الوصف اشكال اذ لقائل ان يمنع كونه وصفا لانه كما يجوز ان يقال طويل وعريض يقال قليل وكثير ساقط (قوله ولوقال بعتك على انه مائة ذراع بمائة درهم الخ) أطلق فى المذروع فشمل الثوب والارض والخشب والدار (قوله أوترك) انما قال فى الاولى أوترك وفى الثانية أوفسخ لان المسمى لما كان ناقصا فى الاولى لم يوجد المبيع فلم ينعقد البيع حقيقة فكان أخذ الاقل بالاقل كالبيع بالتعاطى وفى الثانية وجد المبيع مع زيادة هى تابعة فى الحقيقة درر ولا يخفى مافى قوله فى جانب الزيادة هى تابعة فى الحقيقة لان خيار الفسخ مفروض فيما اذا سمى لكل ذراع ثمنا كما ذكره هو فيكون أصلا لا وصفا ولهذا اذا اختار أخذه يأخذه كله كل ذراع بدرهم فجعله الزيادة تابعة غير مسلم اذ لو كانت تابعة لم يقابلها شئ من الثمن ولم أر من نبه على ذلك (قوله أخذ كله كل ذراع بكذا أى بدرهم أوفسخ) لان الذراع وان كان وصفا يصلح ان يكون أصلا لانه عين ينتفع به بانفراده فاذا سمى لكل ذراع ثمنا جعل أصلا والا فهو وصف فاذا صار أصلا فوجده ناقصا أخذه بحصته ويثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجده زائدا فهو بالخيار ان شاء أخذه كله كل ذراع بدرهم أوفسخ لان زيادة المبيع وان كانت نفعا لكن يشوبها ضرر زيادة الثمن فيتخير وليس له ان يأخذ القدر المسمى و يترك الزائد لان التبعيض ضرر بخلاف الصبرة الاترى انه لا يجوز بيع بعض المذروع ابتداء وفى الصبرة يجوز زيلعى (قوله وفسد بيع عشرة أذرع الخ) وجه قولهما بالجواز ان عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم من مائة سهم وله ان البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شائع لان الذراع فى الاصل اسم للخشبة يذرع بها واستعير ههنا لما يحله وهو معين لا مشاع لان المشاع لا يتصور ان يذرع فاذا أريد به ما يحله وهو معين لكنه مجهول الموضع فسد العقد درر وقوله لكنه مجهول الموضع أى لم يعين ذلك الموضع انه من مقدم الدار أومن مؤخرها وجوانبها تتفاوت قيمة فكان المعقود عليه مجهولا جهالة مفضية الى النزاع فيفسد كبيع بيت من بيوت الدار كذا فى الكافى والذراع من المرفق الى أطراف الاصابع ثم سمى بها الخشبة التى يذرع بها والمذروع أيضا مجازا وهى مؤنثة ولا يشكل بمافى الغاية من قوله استعير الذراع لمحله وهو الممسوح حيث ذكر الفعل ولم يقل استعيرت لان التذكير على تأويل الذراع بما يذرع به عزمى زاده (قوله خلافا لهما مطلقا) أى سواء سمى جملة الذرعان أولا حموى فان قلت ماعلل به الزيلعى للصاحبين بقوله ان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع فلا تفضى الى المنازعة لا يلائم ما قدمناه عن الدرر من ان وجه قولهما بالجواز ان عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار الخ لاقتضائه عدم الجهالة قلت ماعلل به فى الدرر يبنى على التصريح بجملة

ولوقال) بعتك على انه مائة ذراع بمائة درهم (كل ذراع بكذا) اى بدرهم (ونقص) ذراع فالمشترى بالخيار ان شاء (أخذ) المشترى (بحصته) من الثمن (أوترك وان زاد) ذراع فله الخيار ان شاء (أخذ كله كل ذراع بكذا) أى بدرهم (أوفسخ) البيع (وفسد بيع عشرة أذرع من مائة ذراع (من دار) أوحمام عنده خلافا لهما مطلقا (لا أسهم) أى لا يفسد بيع عشرة أسهم من مائة سهم من دار أوحمام بالاجماع

ذرعان الدار في البيع وماذكره الزيلعي يبتنى على عدم التصريح بذلك والحاصل انه لا خلاف للمشايخ في جواز البيع عندهما اذا وجد التصريح بجملة ذرعان الدار في البيع واذا لم يوجد ذلك اختلفوا على قولهما فنهم من قال لا يجوز للجهالة ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع وهذا هو الصحيح (قوله وذكر الخصاف الخ) يرده ان محمدا صورها في الجامع الصغير بقوله من مائة ذراع من دار ولو تبعه المصنف لكان أولى لوجهين الاول افادة الفساد فيما اذا لم يبين جملتها بالاولى الثاني ليصح قوله لا اسهم اذ الصحة مقيدة بما اذا قال عشرة أسهم من مائة سهم مثلا فان لم يقل فسد البيع أيضا نهر ولهذا استشكل الزيلعي ما استفيد من كلام المصنف من ان بيع عشرة أسهم من دار لا يفسد بأنه مجهول لا تعرف نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة أسهم من مائة سهم قال ولعل الشيخ قصد هذا ولكن اجحافه في الاختصار أدى اليه وتبعه في البحر ولم يعرج هو ولا صاحب النهر على ماذكره العيني من الجواب بأن أسهم الدار معلومة فتعلم نسبة العشرة اليه ضرورة ولئن سلمنا فمراده عشرة أسهم من مائة سهم ونحوه مثلا فافهم انتهى قال شيخنا وانما كانت أسهم الدار معلومة لانه يراد بها القراريط من الدار هذا مراده بكونها معلومة وقوله ولئن سلمنا أي جهالته بعدم معرفة نسبة العشرة الى جميع الدار انتهى واعلم ان ما سبق عن النهر من قوله ولو تبعه المصنف الخ يقتضي ان المتن الذي شرح عليه خال عن قوله من مائة ذراع (قوله أبو زيد الشروطي) أحمد بن زيد له من الكتب كتاب الوثائق وكتاب الشروط الكبير وكتاب الشروط الصغير وهو بضم الشين والراء وبعدها واو وفي آخرها الطاء المهملة نسبة الى كتب الوثائق والمبايعات طبقات عبد القادر (قوله وان اشترى عدلا) وهو وزان الثلة شيخنا والعدل بكسر العين وبالدال المهملة المثل واحد جانبي الحمل كالصندوق والغرارة وهو المراد نوح أفندى (قوله فسد البيع) لجهالة الثمن في النقصان لانه لا ينقسم أجزاؤه على أجزاء المبيع القيمي ولجهالة المبيع في فصل الزيادة لانه يحتاج الى رد الزائد فيتنازعان في المردود نهر (قوله واما عند أبي حنيفة فالعقد فاسد) الذي في الزيلعي وعن أبي حنيفة وتعقبه في النهر بقوله جعل الشارح الفساد في النقصان رواية عن أبي حنيفة فيه نظر بل هو لبعض المشايخ وليس بصحيح انتهى ثم القائل بالفساد هنا يقول به أيضا فيما اذا باعه على انه مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بكذا أي بدرهم ونقص والعلة للقول بالفساد وهي انه جمع بين موجود ومعدوم في صفقة واحدة تسوي بين هذه والسابقة شيخنا (قوله الاصح ان هذا قولهم) يعني الجواز في فصل النقصان لانه قصد بيع الموجود فقط الا انه غلط في العدد شيخنا (قوله ومن اشترى ثوبا) تتفاوت جوانبه حتى لو لم تتفاوت كالكرباس لا تسلم له الزيادة لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره النقصان وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه نهر وتنوير من غير ذكر خلاف لكن حكاه الزيلعي بقيل (قوله فسلم له نصف ذراع مجانا) بلا خيار عنده لانه نفع خالص عن لزوم ضرر زيادة الثمن (قوله وعند محمد يأخذه بعشرة ونصف ان شاء) لانه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة التحق بالمقدر ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف وفي البحر قول محمد أعدل الاقوال ولابي يوسف انه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب يبيع على انه ذراع بدرهم فاذا نقص لا يسقط شئ من الثمن ثم يخير لانه ازداد الثمن عليه أو نقص المبيع فلم يتم رضاه ولابي حنيفة ان الذراع في الاصل وصف وانما يأخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع ولكونه مقابلا بالدرهم فعند عدمهما عاد الحكم الى الاصل وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح ويثبت له الخيار عند الصاحبين مطلقا في فصل الزيادة على العشرة والنقصان عنها اما لفوات الوصف المرغوب فيه بالنظر للنقصان أو لعدم تمام رضاه بالنظر لزيادة الثمن فيما اذا زاد على العشرة واما عند الامام ففي فصل الزيادة لا خيار له لانها تمحضت نفعا بلا لزوم ضرر زيادة الثمن واما في فصل النقصان عن العشرة يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه

(فصل) الفصل الحاجز وكان ينبغي ان يوصل بين الا ان المصنفين أجروه مجرى الباب فوصلوه

وذكر الخصاف لو علم جملة الذرعان يجوز عنده وذكر أبو زيد الشروطي وغيره انه فاسد عنده وان علم جملة الذرعان وهو الصحيح (وان اشترى عدلا) بالكبير (على انه عشرة أثواب فنقص) ثوب (أو زاد) ثوب (فسد) البيع (ولو بين لكل ثوب ثمنا بأن قال بعتك هذا العدل على انه عشرة أثواب كل ثوب بدرهم (ونقص ثوب صح) البيع (بقدره وخير) المشترى ان شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن وان شاء ترك (وان زاد) ثوب (فسد البيع في الكل وأكثر مشايخنا على ان الجواز في فصل النقصان قولهما واما عند أبي حنيفة فالعقد فاسد وقال شمس الائمة السرخسي الاصح ان هذا قولهم (ومن اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه) المشترى (بعشرة في عشرة ونصف) فسلم له نصف ذراع مجانا (بلا خيار) عنده وعند أبي يوسف يأخذه بأحد عشر ان شاء وعند محمد يأخذه بعشرة ونصف ان شاء (و) أخذه (بتسعة في تسعة ونصف بخيار) عنده وعند أبي يوسف ان وجده تسعة ونصفا أخذه بعشرة ان شاء وعند محمد يأخذه بتسعة ونصف ان شاء

(فصل) فيما يدخل تحت البيع بلا ذكر وفيما لا يدخل وغيرهما

(ويدخل البناء والمفاتيح) أى مفاتيح الاغلاق لا مفاتيح الاقفال وما كان متصلا بالبناء (فى بيع الدار) وفى القياس لا تدخل المفاتيح

بقى كذا ذكره الناصر اللقانى واعلم ان مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احداهما ان كل ما هو من متناول اسم المبيع عرفا يدخل فى البيع وان لم يذكر صريحا الثانية ان كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار وهو ما وضع لا لان يفصله البشر كان تابعا فى الدخول وما لا فلا كذا فى العناية وما لم يكن من القسمين ان كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل فى البيع بذكرها والا فلا نهر ومرافق المبيع كالدلو والحبل فى بيع البئر والشرب فى بيع الارض شيخنا (قوله يدخل البناء الخ) وكذا السلم المتصل وحجر الرحى الاسفل المبنية فى الدار وكذا الاعلى استحسانا والبئر فى الدار وبكرتها لا الدلو والحبل الا اذا قال بمرافقها وكذا البستان الذى فيها ولو كبيرا ويدخل فى بيع الحمام القدور لا القصاع ويدخل ثياب عبد وجارية اى كسوة مثلهما مما يعطيه ما هذه او غيرها لا حليها الا اذا سلمها او قبضها وسكت نهر الا اذا كانت ثيابا مرتفعة تلبس للعرض لا تدخل الا بالشرط عينى وفلو الرمكة وجحش الاتان وعجل البقرة والحمل للشاة اذا ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل والا فلا وسرج الفرس لا يدخل ويدخل اكاف الحمار ولو غير موكف فى المختار نهر عن الظهيرية وفيه عن الخانية لا يدخل الا بالشرط وهو الظاهر وذكر فى الدر تفصيلا حيث قال وفى الحمار اكافه ان شراه من المزارعين واهل القرى لا من الحمريين انتهى وفى لعلولغتان فتح الفاء وضم اللام وتشديد الواو وكسر الفاء وسكون اللام وتخفيف الواو والاكاف يجمع على اكف يقال اكاف الحمار ووكافه وقد اكفت الحمار واوكفته اى شددت عليه الاكاف صحاح (قوله اى مفاتيح الاغلاق) المتصلة كضبة وكيلون ولو من فضة در (قوله لا مفاتيح الاقفال) وكذا الاقفال لا تدخل ايضا عينى لعدم اتصالها بالمبيع مطلقا سواء كان الباب مغلقا ام لا شيخنا وسواء كان المبيع حانوتا او بيتا او دارا وسواء ذكر المرافق ام لا شيخنا (قوله فى بيع الدار) الظاهر انه اراد بالدار مطلق السكن مجازا من ذكر الخاص وارادة العام فيعم المنزل والبيت على قياس ما سبق له فى قوله وان ندا ليهم جمل ملكوه من انه اراد به الدابة مطلقا كما نبه عليه السيد الحموى هذا واغفلها وذلك لان العلة التى لاجلها دخل البناء فى بيع الدار وهو انه من مسمى المبيع تشركه ثم انى رأيت التصريح به فى الشرنبلالية عن التتارخانية قال وانما نصوا على الدار دونهما لان الدار لما كانت اسما للعرصة يتوهم عدم دخول البناء لان البناء وصف ذاتى فيهما اما البيت والمنزل فحقيقتهما لا تكون الا بالبناء الخ (قوله وفى القياس لا تدخل المفاتيح) لانها ليست من مسمى المبيع ولا هى متصلة به وجه الاستحسان كما ذكره الزيلعى ان المفاتيح تبع للاغلاق اذ لا ينتفع بكل واحد منهما بدون الآخر واعلم ان ما يدخل فى البيع على وجه التبعية لم يكن له حصة من الثمن الا بالتسمية شلبى عن المحيط قبيل كتاب الصوم حتى لو استحقت ثياب الامة المبيعة لم يرجع على البائع بشئ وكذا اذا وجد بها عيبا ليس له ان يردها ولو وجد بالجارية عيبا كان له ردها بدون تلك الثياب زيلعى وهو محمول على ما اذا هلكت اما مع قيامها فلا بد من ردها وان كانت تبعا والا لزم حصولها للمشترى من غير مقابل وهو لا يجوز بحر وقول الزيلعى اذا استحقت ثيابها لا يرجع على البائع بشئ يعنى من الثمن واما رجوعه بكسوة مثلها فثابت له كما علم من كلامهم شيخنا وفرع فى النهر على الاصل المذكور اعنى ما دخل تبعا لا يقابله شئ من الثمن ما ذكره فى القنية اشترى دارا فذهب بناؤها لم يسقط شئ من الثمن وان استحق اخذ الدار بالحصة الخ قال شيخنا فيكون الاستحقاق بمنزلة الاتلاف انتهى فمفاده ان التبع بالاتلاف يكون له حصة من الثمن حتى لو رد الامة المبيعة بحكم خيار العيب بعد اتلاف ثيابها يسقط عن البائع ما قابل الثياب من الثمن فان قلت اخذه الدار بالحصة فيما اذا استحق البناء يشكل بما سبق عن الزيلعى من عدم رجوع المشترى على البائع بشئ اذا استحقت ثياب الامة قلت المسئلة مختلف فيها فمنهم من فرق بين الاستحقاق والهلاك ومنهم من سوى بينهما كما فى القنية واستظهره فى النهر فكلام الزيلعى يتمشى على القول بالتسوية (تتمة) استفيد من كلامهم انه اذا كان لباب الدار المبيعة كيلون من فضة لا يشترط ان ينتقد من الثمن ما يقابله قبل الافتراق لدخوله فى البيع تبعا ولا يشكل بما سيأتى فى الصرف من

مسئلة الامة مع الطوق والسيف المحلى لان دخول الطوق والحلية في البيع لم يكن على وجه التبعية اما بالنسبة للطوق فلكونه غير متصل بالامة وكذا الحلية وان اتصلت بالسيف لان السيف اسم للحلية أيضا كما في الدرمن الصرف فكانت الحلية من مسمى السيف اذا علم هذا ظهر انه في بيع الشاش ونحوه اذا كان به علم لا يشترط نقد ما قابل العلم من الثمن قبل الافتراق خلافا لمن توهم ذلك من بعض أهل العصر لان العلم لم يكن من مسمى المبيع فكان دخوله في البيع على وجه التبعية فلا يقابله حصة من الثمن (قوله ويدخل الشجر في بيع الارض) تبعا مطلقا ولو صغيرا أو غير مثمر خلافا لما قيل من عدم دخول الصغير وغير المثمر نعم يستثنى من هذا الاطلاق اليابس الا ان يقال لا حاجة للاستثناء لانها بعد اليبس حطب لا شجر وفي النهر عن الخانية الاشجار الصغار التي تقلع زمن الربيع ان كانت تقلع من أصلها تدخل وان من وجه الارض لا تدخل الا بالشرط كالثمر الذي على رؤسها انتهى والصحيح الدخول مطلقا من غير ذكر سواء كانت تقلع من أصلها أو من وجه الارض حموي عن البرجندي معزيا للخلاصة وشجرة الخلاف والغرب للمشتري عيني فيدخلان في بيع الارض تبعا والرطبة التي يقال لها سبست كالثمر يعني لا تدخل الا بالشرط أو بالتسمية أو بما يقوم مقامهما من نحو قوله بكل قليل أو كثير هو له فيها منها والغرب بالفتح والتحريك ضرب من الشجر يقال له بالفارسية اسفيدار كما في الصحاح وسبست بضم السين وفتح الموحدة وبكسرها شبخناعن خط العيني قال ومعناه الشبت انتهى (تتمة) لا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف والقسمة كذا في الفتح وجعل في المحيط الصدقة كالوقف ولم أر ما لو أقر بوديعة أرض أو باستعارتها نهر ويمكن الحاق العارية بالاجارة في ادخال الشرب والطريق والجامع بينهما ملك المنفعة والحاق الوديعة بالبيع شيخ شاهين وفيه تأمل بالنسبة لالحاق الوديعة بالبيع لعدم الجامع بينهما (قوله ولا يدخل الزرع) لانه متصل بها للفصل من الآدمي فلا يرد حمل الجارية لان ذلك بفضل الله نهر ولو كان مغيبا في الارض من الكراث يدخل في البيع المطلق على الصحيح لانه يبقى سنين بمنزلة الشجر لا ما كان ظاهرا شرنبلالية عن قاضيخان وفيها عن شرح المجمع والورد وورق التوت والآس ونحوها كالثمار انتهى وظاهره ان المراد بالورد والآس ما يعم الشجر والورق وليس كذلك بدليل قول الزيلعي وشجرها بمنزلة النخل (قوله مطلقا) هو في مقابلة التفصيل الآتي عن القدوري والاسبيجابي (قوله وذكر القدوري والاسبيجابي الخ) محصله ان البيع لا يخلو اما ان يكون بعد ما نبت الزرع أو قبله وعلى كل لا يخلو اما ان يكون له قيمة بعد النبات أو لا فهي رباعية (قوله اذا لم ينبت) لانه حينئذ يمكن أخذه بالغربال ولو عفن البذر في الارض اختار الفضلي انه للمشتري وبالاطلاق أخذ أبو الليث (قوله اما اذا نبت ولم يصر له قيمة بعد يدخل) في قول الاسكاف وهو الصواب وفي قول الصفار لا فتح وفي البحر واختلف الترجيح فيما لا قيمة له وعلى هذا الثمر الذي لا قيمة له وتحصل من هذا ان الاسكاف يقول بقول القدوري والاسبيجابي والصفار يقولان بما يظهر من اطلاق المتن (قوله الا بالشرط) عبر هنا بالشرط وثمة بالتسمية ليفيد عدم الفرق وان هذا الشرط غير مفسد وخصه بالثمر اتباعا لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبر وغيره ويقوم مقام التسمية والشرط ما لو قال بكل قليل وكثير هو فيها الا ان ينفيه بقوله من حقوقها أو من مرافقها الا ان الحق يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ما يرتفق به كمسيل الماء نهر عن العناية (تتمة) التأبير ان يشق وعاء نخل انثى فيجعل فيه شيء من طلع نخل ذكر فاذا فعل ذلك بالنخل صار اصلاحا للثمر باذن الله تعالى ابن فرشته على المشارق (تكميل) شرى نخلة ولم يبين انه اشتراها للقطع أو للقرار ففي البحر عن شرح المجمع لا يملك أرضها في قول أبي يوسف وأدخل محمد ما تحتها وهو المختار فقيل بقدر غلظ ساقها أو بقدر عروقها المنتشرة في الارض وقيل بقدر ظلها وقت الزوال وقيل بقدر عروقها العظام وهو رواية عن الامام واختاره

(و) يدخل (الشجر في بيع الارض بلا ذكر) متعلق بالمستثنين (ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية) مطلقا وذكر القدوري والاسبيجابي ان الزرع انما لا يدخل في بيع الارض بلا ذكر اذا لم ينبت بعد أو نبت وصار له قيمة اما اذا نبت ولم يصر له قيمة بعد يدخل (ولا) يدخل (الثمر في بيع الشجر الا بالشرط) أي ان شرط دخوله في البيع مطلقا

في الصغرى

في الصغرى نهر ومحل الخلاف بين الصاحبين فيما اذا لم يبين فان بين ان الشراء للقرار دخل ماتحتها اتفاقا وان بين انه للقطع لم يدخل باتفاق (قوله سواء كان له قيمة أولا) في الصحيح نهر (قوله وفي القياس يدخل الزرع والثمر) كان وجه القياس بالنظر لمطلق الاتصال بالمبيع وان لم يكن على وجه القرار وبالقياس قالت الائمة الثلاثة اذا كانت الثمرة مؤبرة عيني (قوله ويقال الخ) أي بعد نقد المشتري الثمن نهر (قوله في الصورتين) أشار به الى ان الحكم في الزرع كالحكم في الثمر اذ لا فرق بينهما وان كان افراد المصنف الضمير في قوله أقطعها يوهم قصر الحكم المذكور على الثمرة فلو أتى المصنف بضمير التثنية مكان المفرد لكان أولى ومن هنا قال العلامة الحموي قوله في الصورتين لا يلائم قول المصنف بعد اقطعها وان لائمه التعبير بالمبيع (قوله اقطعها وسلم المبيع) لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه نهر (قوله وهو الشجر والارض) كذا في البحر ونصه أراد بالمبيع الارض والشجر وتعقبه في النهر بأنه لا يلائمه قوله اقطعها وذكرانه اكتفى بذكر القطع في الثمر لان الحكم اذا علم فيه علم في الزرع أيضا اذ لا فرق بينهما وأقول ما ادعاه من عدم الملاءمة ممنوع اذ الضمير في اقطعها يعود على العين المتصلة بالمبيع ولا شك في شمولها الزرع والثمر (قوله وعند الشافعي الخ) لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع وبه قال مالك ولنا ان التسليم واجب بحكم العقد بخلاف الاجارة لانها للانتفاع فيترك بالاجر الا انه لو اشترى أرضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفي الاجارة يدخل من غير شرط عيني والمراد الطريق في ملك انسان قال في البحر وفي الطريق الاعظم أو سكة غير نافذة يدخل في البيع بلا تنصيص ولا قرينة وانما الكلام في الطريق الخاص في ملك انسان فان كان يلي الطريق الاعظم فتح له بابا اليه والا استأجر الطريق أو استعاره (قوله بدا صلاحها أولا) يعني بعد ظهور الكل فلو ظهر البعض فقط فظاهر المذهب وهو الاصح انه لا يجوز نهر وعيني عن شمس الائمة السرخسي لانتفاء الضرورة بامكان بيع الاصول أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي الى وجوده أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح البائع له الانتفاع بما يحدث فان خاف ان يرجع يقول على انه متى رجع يكون مأذونا في الترك فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم مصادما للنص وهو ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وعلى القول بالجواز وبه أفتى ابن الفضل والحلواني يجعل المعدوم تبعا والخارج أكثر فلو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط زيلعي وقول العيني للاحتياط سبق قلم والقول للمشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ فان قلت قول الزيلعي يشتركان يشكل بما قدمه من انه اذا اشتراها وتركها باذن البائع طاب الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة فتى يشتركان قلت قال في النهر ان الزيادة فيما سبق حصلت في ذات المبيع بخلاف ما هنا فان الزيادة لم يقع عليها بيع وانما حدثت بعده (قوله فالصحيح انه يصح) لانه مال متقوم منتفع به في الحال أو في المآل وعلى هذا الخلاف بيع الزرع قبل ان تناله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به في المآل كالطفل والجحش عيني والمشافر جمع مشفر ومشفر البعير شفته والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل عناية (قوله ويقطعها المشتري في الحال) جبرا تفريغا لملك البائع ولو شرط القطع على المشتري فسد نهر لان تسليمها بالتخلية فكان المشتري بها قابضا فكان شرطه القطع على البائع شرطا لا يقتضيه العقد قال في البحر وقدمنا ان أجرة القطع على المشتري وان تسليم الثمرة بالتخلية قال شيخنا وهو مستفاد من كلام المصنف (قوله وان باع وشرط تركها على النخيل فسد) لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة لان اشتراط الترك ان كان بأجر كان بيعا في اجارة وان لم يكن بأجر كان بيعا في اعارة وكذا الزرع بشرط الترك لما قلنا قيد بشرط الترك لانه لو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له

سواء كان له قيمة أولا وقيل من اشترى شجرا وعليه ثمر لا قيمة له فهو للمشترى وفي القياس يدخل الزرع والثمر (ويقال للبائع) في الصورتين (اقطعها وسلم المبيع) وهو الشجر والارض مطلقا سواء كان الزرع والثمر بحال لهما قيمة أولا وعند الشافعي ان كانا بحال لهما قيمة يؤمر بالقطع والا لا (ومن باع ثمرة بدا) أي ظهر (صلاحها أولا صح) اعلم ان بيع الثمر قبل الظهور لا يصح اتفاقا وان باعها بعد ان تصير منتفعا بها يصح خلافا للشافعي وان باعها قبل ان تصير منتفعا بها بأن لم تصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب فالصحيح انه يصح وقيل لا يصح هذا (ويقطعها المشتري في الحال) (وان) اذا باع مطلقا أو بشرط القطع (وان باع و) شرط تركها على النخيل فسد البيع وهذا اذا لم يتناه عظمها فان تناهى عظمها فباعها بشرط الترك لم يصح أيضا قياسا عندهما

الفضل و بغير اذنه لا يطيب و يتصدق بما زاد في ذاته وان تركها بعد ماتناهى عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حال لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل والاجارة باطلة لانها اضيفت الى غير محل الاجارة فان محلها المنفعة دون العين والباطل معدوم باصله فلا يصلح متضمنا فبقي تضمن الاذن مقصودا بخلاف مالو اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث يجب أجر المثل ولا يطيب له الفضل لان اجارة الارض متعارفة لكنها فسدت لجهالة المدة والفاسد موجود باصله معدوم بوصفه فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضي فساد ما في الضمن فيفسد الاذن و يتمكن الخبث شيخنا عن الشمني قال و به يتضح كلام الزيلعي (قوله وصح استحسانا عند محمد) وجهه كما في النهر انهم تعارفوا ذلك فيما اذا تناهى عظمها فكان شرطا يقتضيه العقد وجعل في الاسرار الفتوى على قوله وفي التحفة الصحيح قولهما وفي البحر عن الظهيرية اشترى رطبة أو قثاء أو شيئا ينمو ساعة فساعة لا يجوز كبيع الطرفاء وبيع قوائم الخلاف يجوز وان كان ينمو لان نماءها من الاعلى بخلاف الرطاب الا الكراث للتعامل فيه وفيما لا تعامل فيه لا يجوز انتهى ورأيت بخط شيخنا ما نصه اشترى شيئا ينمو ساعة فساعة لا يجوز الا ان يشتري به بأصله ليكون الحادث على ملكه و يؤخذ منه عدم جواز بيع قصب السكر وهي حادثة الفتوى وفي فتاوى قارئ الهداية يصح وله الخيار انتهى (قوله وفي رواية الحسن والطحاوي لا يصح الخ) لان الباقي بعد الاستثناء مجهول قلنا هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة اذ المبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لا تمنع الجواز قال في الفتح وعدم الجواز اقيس بمذهب الامام في مسئلة بيع صبرة كل قفيز بدرهم فانه أفسد البيع لجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء ارطال معلومة مما على الاشجار وأجاب في النهر بأنه يمكن ان يكون المانع من الجواز في مسئلة الصبرة جهالة الثمن لا جهالة قدر المبيع والثمن فيما نحن فيه معلوم اهـ قيد باستثناء ارطال معلومة منها لانه المختلف فيه واما اذا استثنى شيأ لا معينا فانه يجوز بلا خلاف كما يعلم من كلامهم شيخنا (تتمة) ما جاز ايراد العقد عليه بانفراده صح استثناؤه ومنه الا الوصية بالخدمة يصح افرادها دون استثنائها تنوير وشرحه عن الاشباه (قوله كبيع بر في سنبله) بخلاف بيع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى لان كلا منهما معدوم عرفا اذ لا يقال هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه و يقال هذه حنطة في سنبلها وبه عرف امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم في الشاة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك ثم رقيد ببيع الحنطة لان بيع تبن الحنطة في سنبلها دون الحنطة لا ينعقد لانه لا يصير تبنا الا بالعلاج وهو الدق فلم يكن تبنا قبله فكان بيع المعدوم بحر (قوله وباقلاء في قشره) وهي بالمد والتخفيف وبالقصر والتشديد وهو الحب المعروف والنسبة على الاول باقلاني وعلى الثاني باقلي حموي عن المفتاح معزيا للمغرب وقيل الباقلاء هو الفول (قوله وكذا الارز) والوجه يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج لانه لم يره بخلاف بيع جذع من سقف فان البائع اذا نزعه وسلمه يجبر المشتري على أخذه وانما امتنع بيعه بمثله في سنبله لاحتمال الربا كبيع تراب الصاغة بجنسه ولا يصرف الى خلاف الجنس تحريا الى الجواز كبيع درهم ودينارين بدينار ودرهمين لان التراب ليس بمال متقوم فهو ليس بمقصود انما المقصود ما فيه من الذهب والفضة بحر (قوله وقال الشافعي لا يصح) قياسا على عدم جواز بيع السمن في اللبن والشيرج في السمسم والزيت في الزيتون واللبن في الضرع بجامع ان المبيع معدوم ولنا انه موجود غايته انه مستور فله اذا خيرناه بعد الاستخراج بخلاف المقيس عليه فانه لا وجود له أصلا فافترقا فان قلت روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض و يأمن العاهة قلت المراد به السلم يعني لا يجوز الاسلام حتى يوجد بين الناس بدليل قوله عليه السلام اذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل ولو أجرى على اطلاقه يكون حجة لنا أيضا لاقتضائه جواز البيع بعد ما ابيض مطلقا من غير قيد بالعزل

وصح استحسانا عند محمد (ولو استثنى) البائع (منها) اي من الثمرة المبيعة (ارطالا معلومة صح) في ظاهر الرواية وهو قول مالك وفي رواية الحسن والطحاوي لا يصح استثناء ارطال معلومة (كبيع بر) اي كما يصح بيع بر (في سنبله وباقلاء في قشره) وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي لا يصح بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق

ولو

ولو كان كما قال لقال حتى يغرك عيني والزهو والبر الملون يقال اذا ظهرت الحمرة والصفرة في النخل ظهر فيه الزهو وأهل الحجاز يقولون الزهو بالضم وقد زهـا النخل زهوا وأزهى أيضا لغة حكاها أبو زيد ولم يعرفها الاصمعي شيخنا عن الصحاح (قوله في قشره الاوّل) تقييده بالقشر الاوّل لانه الذي فيه خلاف الشافعي حتى لو بيع في قشره الثاني يجوز بالاتفاق شيخ زاده (قوله على البائع) لان التسليم عليه وهذا من تمامه ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تخليصها بالدوس والتذرية ودفعها الى المشتري هو المختار والتبن للبائع ولو اشترى ثيابا في جراب ففتح الجراب على البائع واخراج الثياب على المشتري الا اذا كان العرف بخلافه كما لو اشترى ماء في قربة فان صبه يكون على البائع ولو اشترى وقر حطب في المصر فالحمل على البائع واخراج الطعام من السفينة وكذا قطع العنب المشترى جزافا وكل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر على المشتري نهر وقوله على المشتري خبر عن قوله واخراج الطعام من السفينة وما عطف عليه وما سبق من قوله واخراج الثياب على المشتري قال السيد الحموي الاخراج من تمام التسليم فينبغي ان يكون على البائع (قوله وجوز نقد الثمن الخ هذا اذا كان قبل القبض وهو الصحيح أما اذا كان بعده فعلى البائع لانه اذا قبضه دخل في ضمانه فاذا ادعى انه خلاف حقه فالناقد انما يميز ليستوفي بذلك حقاله فالاجرة عليه حموي عن الجوهرة (قوله على المشتري) لان الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشتري وكذا ما يكون من تمامه زيلعي (قوله أما النقد ففيه روايتان) مقتضاه ان اختلاف الروايتين خاص باجرة النقد فقط أما اجرة الوزن فعلى المشتري رواية واحدة والى هذا يشير كلام الزيلعي أيضا وهذا يقتضي ان أجرة النقد غير اجرة الوزن والعرف الآن بخلافه (قوله في رواية يكون على البائع) لان النقد يكون بعد التسليم ليعرف المعيب من غيره فكان هو المحتاج اليه وهذه رواية ابن رستم زيلعي (قوله وفي رواية يكون على المشتري) وهو الصحيح وظاهر الرواية بحر عن الخلاصة والخانية قال وبه كان يفتي الصدر الشهيد الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة فانه على البائع وروى عن محمد ان أجرة النقد على رب الدين بعد القبض وقبله على المدين زيلعي (فرع) ظهر بعد نقد الصراف ان الدراهم زيوف ردا الاجرة وان وجد البعض فبقدره نهر عن البزازية وأما الدلال فان باع العين بنفسه باذن ربها فاجرته على البائع وان سعى بينهما وباع المالك بنفسه يعتبر العرف در (قوله بثمن حال) ليس فيه خيار للمشتري نهر (قوله سلمه أوّلا) لتعين حق البائع في الثمن لان المشتري تعين حقه في المبيع بمجرد العقد لدخوله في ملكه به وان كان تقرر الضمان عليه يتوقف على القبض حتى لو هلك قبله انفسخ البيع أما البائع فانما يتعين حقه في الثمن بعد قبضه لان الاثمان لا تتعين حتى لو اشترى شيئا بهذا الدينار كان له ان يعطيه دينارا آخر فلهذا يؤمر المشتري بتسليم الثمن أوّلا اذا كان المبيع حاضرا وان كان غائبا فللمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن زيلعي فلو نقد بعض الثمن وأراد ان يأخذ بعض المبيع ليس له ذلك صرح به المصنف في باب ما يجوز ارتهانه حيث قال ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته كالمبيع انتهى فلو اشتراه بشرط ان يدفع المبيع أوّلا فسد البيع لانه لا يقتضيه العقد وقولنا فلو اشتراه بشرط ان يدفع المبيع أوّلا أحسن من قوله في النهر فلو باعه الخ لاقتضائه ان البائع هو الذي اشترط دفع المبيع أوّلا ولا يخفى ما فيه ثم رأيت بخط الشيخ شاهين عن السكاكي انه ذكر في البيع الفاسد ما نصه ولو اشترى شيئا على ان يدفعه البائع قبل دفع الثمن أو على شرط ان يدفع الثمن في بلد آخر فسد البيع انتهى فهذا يشهد لما ذكرنا (تتمة) قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن كان له استرداده حتى يعطيه الثمن ولو تصرف المشتري فيه تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق والتدبير فانه لا يسترد شيخ شاهين عن المحيط ولو وطئها المشتري فحبلت أو ولدت لا يتمكن البائع من الحبس وان لم تلد ولم تحبل فله الحبس بحر (فرع) اشترى ما يتسارع اليه الفساد ولم يقبضه ولم ينقد الثمن حتى غاب كان

في قشره الاوّل وله في بيع السنابل
قولان (وأجرة الكيال) والوزان
والعداد والذراع ذا باع بشرط
الكيل والوزن والذرع والعد
(على البائع و) أجرة (نقد الثمن)
أي تمييز الجيد عن غيره (و) أجرة
(وزنه على المشتري) اما النقد ففيه
روايتان عن محمد في رواية يكون على
البائع وفي رواية يكون على المشتري
(ومن باع سلعة بثمن) حال (سلمه
أي المشتري الثمن (أوّلا) فان سلمه
قبل البائع سلم المبيع وقال الشافعي
يتقابضان معا (والا) أي وان لم يبع
سلعة بثمن ولكن باع سلعة بسلعة
أو ثمنا بثمن قيل لهما

للبائع بيعه من غيره ويحل للمشتري الثاني وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضي بهذا الفسخ دلالة شيخ شاهين أيضا عن كمال الدين قال وكثيرا ما يقع هذا في الاسواق وانظر حكم ما اذا غاب بعد نقد الثمن او قبل نقده وكان المبيع مما لا يتسارع اليه الفساد وهل خوف ان تستغرق النفقة قيمته بان كان المبيع حيوانا ينزل منزلة خوف تسارع الفساد اليه (قوله سلما معا) لاستوائهما في التعيين ان كان بيع سلعة بسلعة أو عدمه ان كان بيع ثمن بثمن زيلعي ثم التسليم يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض بلا مانع ولا حائل وشرط في الاجناس شرطا ثالثا ان يقول خليت بينك وبين المبيع فلو لم يقله أو كان بعيدا لم يصر قابضا در (تتمة) اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد ثمنه فالبائع اسوة الغرماء ولا يكون أحق به خلافا للشافعي ولو مات قبل قبضه فالبائع أحق به اتفاقا در رفلو دبره المشتري المفلس أو اعتقه قبل قبضه جاز ولا سعاية على الغلام الا عند الثاني بحر

(باب خيار الشرط)

(قوله وهو ما فيه خيار الخ) ظاهره ان غير اللازم ينحصر فيما ذكره وليس كذلك اذ الخيارات بلغت سبعة عشر الثلاثة المبوب لها وخيار تعيين وغبن ونقد وكمية واستحقاق وتقرير فعلي وكشف حال وخيانة في مرابحة وتولية وفوات وصف مرغوب فيه وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع واجارة عقد فضولي وظهور المبيع مستأجرا أو مرهونا أشباه قال ويفسخ باقالة وتحالف فبلغت تسعة عشر سيادرو كلها يباشرها العاقد الا التحالف وكلها تحتاج الى الفسخ من العاقد فلا تنفسخ بنفسها الا التحالف فلا يكفي فيه بفسخ العاقد بل لا بد من فسخ القاضي كذا قيل وأقول هذا لا يرد على الشارح لان كلامه بالنظر للخيارات المبوب لها ولا شك انها ثلاثة (قوله على البواقي) عبر بصيغة الجمع لما ان الباقي بعد خيار الشرط اكثر من ثلاثة وقد ذكر منها في هذا الباب ثلاثة خيار النقد وخيار التعيين وخيار فوات الوصف المرغوب فيه ومنه يعلم سقوط قول العلامة الحموي أي جنس البواقي اذ الباقي اثنان لا ثلاثة كذا قيل وأقول هذا لا يرد على السيد الحموي لان الكلام في خصوص ما بوب له المصنف من الخيارات ولا شك ان الباقي منها بعد خيار الشرط اثنان فاستقام قوله أي جنس البواقي (قوله صح) أي خيار الشرط وبه أفصح صدر الشريعة لكن الاولى صح شرط الخيار كما في الاصلاح لان الموصوف بالصحة انما هو الشرط لا نفس الخيار بحر وأقول الاولى ان يجعل الضمير راجعا الى الخيار باعتبار كونه موصوفا بالمشروطية قبل الاضافة فان اضافة خيار الى الشرط من اضافة الموصوف الى الصفة ولا ينافيه قولهم انه من اضافة الحكم الى سببه والاصل باب الخيار المشروط على ان يكون المصدر بمعنى اسم المفعول يدلك على ذلك ان الموصوف بالصحة ليس الخيار فقط كما يوهمه كلام صدر الشريعة ولا الشرط فقط كما يوهمه كلام صاحب الاصلاح حموي ثم اعلم ان خيار الشرط يجري في غير البيع وقد نظم في النهر ما يصح فيه خيار الشرط وما لا يصح فقال

يأتي خيار الشرط في الاجارة * والبيع والابراء والكفالة
والرهن والعتق وترك الشفعة * والصلح والخلع مع الحوالة
والوقف والقسمة والاقالة * لا الصرف والاقرار والوكالة
ولا النكاح والطلاق والسلم * نذر وأيمان وهذا يختتم

وكذا يصح في الكتابة بحر عن جامع الفصولين قال وينبغي صحته في المزارعة والمعاملة لانهما اجارة وانما لا يصح في النكاح والطلاق واليمين والنذر والوكالة والاقرار لانه انما يدخل في لازم يحتمل الفسخ قال في النهر فلهذا لا يصح في الوصية يعني لانه غير لازم فله ان يرجع عنها ولم يبين في النهر وجه عدم جوازه في الصرف والسلم لظهوره لانه ينافي ما هو شرط فيهما قبل الافتراق وهو قبض كل من بدلي الصرف

وراس

(سلما معا)* *(باب خيار الشرط)* البيع نوعان لازم وغير لازم وهو ما فيه اللازم شرع في بيان غيره وهو ما فيه خيار شرط أو رؤية أو عيب واضافة الخيار اليه اضافة الحكم الى سببه كصلاة الظهر وقدم خيار الشرط على البواقي لكونه أعم وجودا حتى شرع للعاقدين ولاحدهما ولغيرهما باذنهما (صح)

ورأس مال السلم لان اشتراط القبض فيهما قبل الافتراق فرع ثبوت الملك فيهما وشرط الخيار ينافيه فلهذا لم يجر فيهما مع أنهما من اللازم المحتمل للفسخ وقوله والكفالة سواء كانت بالنفس او بالمال وسواء كان الخيار للكفيل او للمكفول له وقوله وترك الشفعة أي تسليم الشفعة بعد طلب المواثبة وقوله وفي الابراء بان قال أبرأتك على اني بالخيار فلا يبرأ كما لو ابرأه هازلا وقوله وفي الوقف أي على قول أبي يوسف كذا قيده في النهر وغيره للاحتراز عن محمد لانه يشترط عنده ان لا يذكر فيه خيار شرط معلوما كان أو مجهولا واختاره هلال وقال أبو يوسف ان كان الوقت معلوما جاز الوقف والشرط نص على ذلك في النهر صدر كتاب الوقف فسقط ما قيل وفي ذكر الوقف نظر اذ شرط صحته ان لا يكون فيه خيار شرط ولا فرق بين ان يكون في كل المبيع او بعضه حتى لو اشترى شيئا وشرط الخيار في نصفه او ربعه جاز وكذا لا فرق بين الصحيح والفاسد في الخلاصة الخيار يثبت في البيع الفاسد كما يثبت في البيع الجائز ولو اختلفا في اشتراطه فالقول لنافيه في ظاهر الرواية وقال محمد القول لمدعيه والبينة للآخر نهر عن الحاوية (قوله للتبائعين) أي البائع والمشتري ففي الكلام تغليب وقد يقال لا تغليب فان البيع كما يستعمل في بذل السلعة يستعمل في أخذها وكذا الشراء الا انه يلزم عليه تثنية المشترك وفيه كلام حموي (قوله أو لاحدهما) ولو وصيا نهر (قوله ثلاثة أيام) لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ الانصاري وكان يغبن في البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام وكون المخاطب حبان هو الذي رجحه النووي وقيل هو منقذ أبو حبان عيني على الهداية وحبان بفتح الحاء المهملة والباء الموحدة والخلابة الخداع قال في القاموس خلبه كنصره خلبا وخلابا وخلابة خدعه كاختلبه انتهى فلو شرطت الثلاثة وكان المبيع مما يتسارع اليه الفساد ففي القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال له اما ان تفسخ البيع او تأخذ المبيع دفعا للضرر من الجانبين نهر عن الخانية (قوله بالنصب) على انه ظرف ويجوز رفعه على انه خبر مبتدا محذوف أي مدته ثلاثة أيام شلبي على الزيلعي (قوله اما ان يكون مطلقا) أي عن ذكر الوقت والتأبيد كقوله أنت بالخيار (قوله واما الموقت فيجوز) فيه انه يشترط لصحة الموقت ان يكون الوقت معلوما فلو كان مجهولا كقوله أنت بالخيار أياما لم يصح اتفاقا وكذا يشترط ان لا يزيد الوقت على الثلاثة عند الامام خلافا لهما قال في الشرنبلالية مقتضى قولهم لو حلف لا يكلمه أياما يكون على ثلاثة ان يصح و ينصرف اليها تصحيحا لكلام العاقل وصونا عن الغاية والا فما الفرق بينهما انتهى وأقول الفرق هو حرمة هجر المسلم زيادة على ثلاثة بخلافه هنا الا أنه يعكر عليه ما لو حلف لا يكلم ذميا أياما فانه يقتضي عدم الحمل على الثلاث حموي (قوله وهذا الخيار كما جاز عند البيع يجوز بعده) مقتضاه انه لو كان قبله بان قال له جعلتك بالخيار في البيع الذي نعقده ثم عقد بعده لم يكن له خيار نهر عن التتارخانية (قوله فله الخيار ما دام في المجلس) ولا ينافيه ما سبق من انه اذا أطلق يفسد لانه في المطلق وقت العقد وما هنا في المطلق بعده بحر عن البزازية (تتمة) ذكر الخيار مطلقا عن المدة اعتمادا على ما هو العرف بينهم من ان المراد من قوله أنت بالخيار أي ثلاثة أيام فهل يكون من قبيل قولهم المعروف كالمشروط فلا يقتصر على المجلس حيث كان بعد العقد ولا يفسد اذا كان مقارنا له بحر حموي (قوله وقالا يجوز) لان ابن عمر أجازه الى شهرين ولان الحاجة قد تمس الى الاكثر فصار كالأجل فثبوت الدعوى بمجموع الدليلين وله ان جوازه على خلاف القياس لما روينا فيقتصر على المدة المذكورة واشتراط الاجل للقدرة على التحصيل وذلك بتطاول المدة على انه ورد من رواية عبد الرزاق عن أنس ان رجلا اشترى بعيرا وشرط الخيار أربعة ايام فأبطل عليه السلام البيع وقال الخيار ثلاثة أيام نهر وما روي عن ابن عمر قال الزيلعي ليس بنص فيه فيحتمل ان يكون خيار الرؤية أو العيب وقوله في النهر ثبوت الدعوى بمجموع الدليلين جواب سؤال مقدر تقديره ما ورد عن ابن عمر انه أجازه الى شهرين لا يقتضي الجواز فيما زاد على شهرين فيكون الدليل أخص من المدعى فالدليل الثاني وهو ولان الحاجة قد تمس الخ (قوله فان أجاز في الثلاث صح) يحتمل ان يراد

للتبائعين أو لاحدهما) أو لغيرهما
(ثلاثة أيام) بالنصب (أو أقل)
فالبيع بخيار الشرط أربعة أوجه
خيار البائع منفردا وخيار المشتري
منفردا وخيارهما مجتمعا وخيار
غيرهما ثم الخيار اما ان يكون مطلقا
أو مؤبدا أو موقتا والاولان لا يجوزان
بالاتفاق واما الموقت فيجوز وهذا
الخيار كما جاز عند البيع يجوز بعده
أيضا حتى لو باع ومضى عليه ثلاثة أيام
مثلا بعد قبض المبيع فقال له البائع
أنت بالخيار ثلاثة أيام فله الخيار
ثلاثة أيام ولو قال له انت بالخيار فله
الخيار ما دام في المجلس كذا في النوازل
(ولو أكثر) من ثلاثة أيام (لا) يصح
مطلقا عنده وقالا يجوز اذا سمى مدة
معلومة ما طالت أو قصرت (فان أجاز
في الثلاث صح) العقد عندنا

بالصحة عودا لعقد الى الجواز بعد ان كان فاسدا لان المفسد قد ارتفع قبل تقرره وهذا قول العراقيين من اصحابنا ويحتمل ان تكون الصحة بمعنى النفاذ فيراد بها ما يقابل الموقوف بناء على ما ذهب اليه أهل خراسان من ان العقد مع شرط الخيار أكثر من ثلاث موقوف ان أجيز العقد في الثلاث ظهر ان لا فساد في العقد لعدم وجود المفسد والا بان مضى جزء من اليوم الرابع قبل الاجازة فهو فاسد قال الزيلعي وهذا الوجه اوجه وفي النهر واختاره السرخسي وغيره وفائدة الخلاف تظهر في حرمة المباشرة وعدمها فتحرم على الاول لا على الثاني ولكل منهما فسخه ولو باعه الى الحصاد أو الدياس ثم أبطل صاحب الاجل الاجل أو نقد الثمن انقلب الى الجواز انتهى وهذا يتعين حمله على ما اذا أبطل الاجل او نقد الثمن في المجلس لزوال المفسد قبل تقرره واعلم ان المراد من حرمة المباشرة وعدمها مباشرة العقد مع شرط الخيار أكثر من ثلاث فعلى القول بانه موقوف لا تحرم مباشرته (قوله خلافا لزفر والشافعي) لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا (قوله فيما اذا كان الخيار أكثر) متعلق بقول المصنف صح حموي (قوله فلا بيع) ظاهره يفيد انه لو لم ينقد في الثلاث ينفسخ والصحيح انه يفسد ولا ينفسخ حتى لو أعتقه بعد الثلاث نفذ عتقه ان كان في يده نهر عن الخانية (قوله صح البيع) لانه في معنى خيار الشرط وكذا لو نقد المشتري الثمن على ان البائع ان رد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما صح أيضا والخيار في الاول للمشتري لانه المتمكن من امضاء البيع وعدمه وفي الثاني للبائع حتى لو أعتقه صح عتقه ولو أعتقه المشتري لا يصح وفي المسئلة الاولى اذا باعه المشتري ولم ينقد الثمن حتى مضت الايام الثلاثة جاز البيع وكان عليه الثمن نهر (قوله خلافا لزفر) لانه بيع شرطت فيه اقالة فاسدة فالصحيحة مما تفسده والفاسدة أولى ووجه فساد الاقالة تعلقها بشرط عدم النقد فالاقالة الصحيحة هي التي لم تعلق بشرط (قوله وهو القياس) وجه الاستحسان ما روى ان ابن عمر باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ولانه في معنى خيار الشرط اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة فالحق به (قوله لا يصح البيع عندهما) وعند محمد جائز كل من الامام ومحمد على أصله وأما ابو يوسف فأخذ في الاصل بالاثر الذي قدمناه يعني عن ابن عمر وفي الملحق به بالقياس نهر وغيره وفي قوله وفي الملحق به بالقياس نظر اذ لو أخذ فيه بالقياس لم يقل بجواز خيار النقد اصلا كما هو قول زفر فالظاهر ان يقال وفي الملحق به قتصر على الثلاث لانها مورد النص على ما روى عن ابن عمر انه باع ناقة بهذا الشرط أي شرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما كما سبق بقي ان ما سبق من ان البيع فاسد او موقوف فيما اذا باع بشرط الخيار أكثر من ثلاث ثابت هنا أيضا فيما اذا باع بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام فلا بيع بينهما نهر (قوله خلافا لزفر) فدعوى الزيلعي الاجماع على الصحة فيما اذا نقد في الثلاث بعد ما باعه على انه ان لم ينقد الثمن الى اربعة أيام فلا بيع غير صحيحة عيني قال لان زفر يقول انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا ويمكن الجواب بانه أراد اجماع الامام مع الصاحبين (قوله فيما اذا شرط أكثر من الثلاث) متعلق بصح لا بصلة الخلاف كما هو ظاهر لان زفر لا يقول بجواز البيع مع هذا الشرط وان لم يزد على ثلاثة أيام كما سبق معللا بانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة (قوله يمنع خروج المبيع عن ملكه) لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضي ولا يتم الرضا مع الخيار ولهذا ينفذ عتق البائع ويملك التصرف فيه دون المشتري وان قبضه باذن البائع زيلعي وهو محمول على ما اذا قبضه للاختبار أما اذا سلمه اليه على وجه التمليك كان مبطلا لخياره نهر كما لو وهب له الثمن في المدة او ابرأه منه او اشترى به شيئا من المشتري وعرف من هذا ان خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه وانه اذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع ولا الثمن عن ملك المالك ولم يبين الحكم في الثمن اذا كان الخيار للبائع والحكم فيه كما في القهستاني انه يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق ولا يدخل في ملك البائع عنده ويدخل عندهما والثمرة تظهر في وجوب الزكاة ونحوها كصدقة الفطر والاضحية بان كان ما عند البائع من النصاب انتقص في اثناء الحول وكان بحيث لو مضى يوم أو يومان من مدة الخيار يتم الحول فهل تلزمه الزكاة

خلافا لزفر والشافعي فيما اذا كان الخيار أكثر (ولو باع) عبدا (على انه ان لم ينقد المشتري الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع) بينهما (صح) البيع عندنا استحسانا خلافا لزفر وهو القياس (و) لو باع على انه ان لم ينقد الثمن (الى أربعة) أو أكثر (لا) يصح البيع عندهما وعند محمد جائز (فان نقد في الثلاث صح) عند الثلاثة خلافا لزفر فيما اذا شرط أكثر من الثلاث (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) عندنا خلافا للشافعي (وبقبض المشتري

ونحوها

ونحوها باعتبار ضم الثمن الى ماعنده حيث كان النصاب به يتم عند الامام لا وعندهما نعم فان قلت ينبغي ان تظهر الثمرة أيضا بالنسبة للتصرف فيه قلت لا يصح لما سيأتي في الشارح بعد قول المتن ولو اجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح حيث قال بان يتصرف البائع في ثمن المبيع الخ (قوله يهلك بالقيمة) ولو شرط المشتري عدم ضمانه نهر عن البزازية قال وتعتبر قيمته يوم القبض الخ ولو تعيب في يد المشتري فللبائع ان يلزمه البيع ان شاء وان شاء فسخه وضمنه النقصان كذا ذكره العيني مطلقا غير مقيد بالقيمي وكذا الزيلعي لكن في النهر عن الحدادي قيده بما اذا كان قيميا فلو كان مثليا ليس له تضمينه لنقصان لشبهة الربا (قوله اذا سمي ثمنه) بالبناء للمجهول سواء كانت التسمية من البائع أو من المشتري وفيه كلام حموي هو انه في البحر رد ما في انفع الوسائل من قصر الضمان على تسمية الثمن من جانب المشتري شيخنا (قوله ولو هلك المبيع في يد البائع الخ) ولو تعيب في يده بقي على خياره لان ما انتقض بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن خير المشتري بين أخذه بكل الثمن أو الفسخ ولو بفعله سقط من الثمن بقدره زيلعي (قوله فيخرج المبيع عن ملكه) لان البيع من جهته تام (قوله ولكن لا يملكه المشتري) ولا خلاف ان النفقة تجب على المشتري كما في السراج وانما لم يملكه المشتري لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اما زوال الملك لا الى مالك فله نظائر كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم ولا يدخلون في ملك أحد وكذا الستر في الكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا يقال على هذا يكون سائبة وهي منهي عنها الا انا نقول الحال موقوفة ان اجيز البيع يستند الى وقت العقد فيتبين انه ملكه من ذلك الوقت ولهذا كان له الزوائد ولا يرد على الامام ما لو غصب المدبر وأبق من يده فانه يضمن قيمته ولا يخرج به عن ملك المالك فيجتمع العوضان في ملك واحد لانه ضمان جناية لا معاوضة نهر ولهذا ذكر الكمال ان ماذكره الامام الزم مما ذكره الصاحبان لان زوال الملك لا الى مالك في العبد الذي يشتري للكعبة أو للوقف كائن في المعاوضة (قوله وقالا يملكه) لئلا يكون الملك زائلا لا الى مالك وقد سبق جوابه (قوله وبقبضه يهلك بالثمن) لان الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب يمنع الرد فيهلك وقد انبرم البيع فيلزم الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان تعيبه في هذه الحالة لا يمنع الرد فيهلك والعقد موقوف فيبطل نهر ثم هو لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء فلا خلل في كلامه خلافا لما ذكره السيد الحموي وكذا يهلك بالقيمة اذا كان الخيار لهما الا اذا أسقط البائع خياره فهلك في المدة يهلك بالثمن ذكره في النهر أيضا وكان الاولى ان يقول فهلك ولو في المدة لانه اذا لزمه الثمن بالهلاك في المدة بعدما اسقط البائع خياره فكذا بعد مضيها بالاولى (تتمة) كان البيع بشرط الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جانبه والآخر على خياره شرنبلالية عن الخانية (قوله كتعيبه) المراد عيب لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فان ارتفع في المدة لا يلزمه والا لزمه عيني (قوله فيما اذا كان الخيار للبائع أو المشتري) فيه نظر بل الكلام فيما اذا كان الخيار للمشتري فقط أما اذا كان للبائع فالعيب لا يمنع الرد بل يخير البائع بين امضاء البيع وأخذ الثمن وبين فسخه وأخذ النقصان صرح به الزيلعي حموي وأقول ليس المراد بالتعيب مجرده بل المراد به ما ترتب عليه امتناع رده بأن مات بعدما تعيب أخذا من قول الزيلعي اذا كان الخيار للبائع فدخله العيب لا يمتنع الرد بحكم الخيار وان أشرف على الهلاك فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه لم يبق محلا للبيع فكان مضمونا عليه بالقيمة انتهى والى هذا اشار الشارح بقوله تجب القيمة أو الثمن أي تجب القيمة فيما اذا تعيب في يد المشتري وكان الخيار للبائع حيث وجد المانع من رده بموته بعدما تعيب أو الثمن فيما اذا كان الخيار للمشتري شيخنا فان قلت حيث أريد بالتعيب ما ترتب عليه من الموت يكون عين الهلاك مع ان قول المصنف وبقبضه يهلك بالثمن كتعيبه قاض بالمغايرة بينهما قلت المغايرة بينهما حاصلة اذ لم يعتبر في الهلاك الذي ذكره المصنف كونه مسبوقا بالتعيب بعيب لا يرتفع

يهلك بالقيمة) مطلقا أي لو قبض المشتري المبيع باذن البائع أو بغير اذنه وهلك المبيع في يده في مدة خيار البائع ضمنه بالقيمة في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف انه يجب الثمن المسمى وعن ابن أبي ليلى انه لا شيء فيه هذا اذا كان من ذوات القيم اما اذا كان من ذوات الامثال فيجب المثل ثم المقبوض على سوم الشراء انما يضمن بالقيمة اذا سمي ثمنه فان لم يسم لا يضمن كذا في المغني ولو هلك المبيع في يد البائع قبل القبض انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما في البيع البات (وخيار البائع لا يمنع) خروج المبيع عن ملك البائع (و) لكن فيخرج المبيع عن ملكه (و) لكن (لا يملكه) المشتري عند أبي حنيفة وقالا يملكه (وبقبضه) يهلك (بالثمن) في مدة خيار المشتري عندنا وعند الشافعي يهلك بالقيمة (كتعيبه) أي كما لو تعيب المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع أو المشتري تجب القيمة أو الثمن مطلقا سواء كان بفعله أو بفعل أجنبي أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع

فكان مغاير المـا اعتبر فيه ذلك واعلم ان ماذكرناه من التأويل خاص بمـا اذا كان الخيار للبائع أما اذا كان للمشترى فلا يحتاج اليه لانه بمجرد التعيب يلزمه الثمن كالهلاك حيث بقى العيب ولم يرتفع حتى مضت مدة الخيار (قوله فكذا هذا فيهمـا) أى فمثل التعيب الهلاك فيهما أى فى خيار البائع أو المشترى شيخنـا (قوله فلو اشترى زوجته الخ) هذه احدى المسائل المتفرعة على الاصل المختلف فيه وهو ان خيار المشترى مانع من ملكه للمبيع عند الامام خلافا لهما ورمز لها العينى بحروف اسحق عزك نخم فالالف من لا مة اذا اشتراهـا بشرط الخيـار وكانت زوجته يبقى نكاحهـا عنـد الامام لعدم ملكه اياهـا وعندهـما ينفسخ ويترتب عليه ماسيجىء من انه لو وطئها كان له ردها بحكم شرط الخيار عند الامام لان الوطء بحكم ملك النكاح وعندهـما ليس له ذلك لكون الوطء عندهـما بحكم ملك اليمين وهذا اذا لم ينقصهـا الوطء فان نقصهـا امتنع ردها اتفاقا أما عندهما فظاهر وأما عنده فلانهـا بالتعيب امتنع الرد والسين من الاستبراء اذا اشتراها وحاضت فى مدة الخيار لم يحتسب عن الاستبراء عنده خلافا لهما والحاء من المحرم اذا اشترى ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه وخياره باق عنده خلافا لهما والقـاف من القربان اذا اشتراهـا وقربهـا بعد الشراء وهى ثيب لم يصر قابضـا فلا يسقط الخيار خلافا لهـما والعين من الوديعة اذا اشترى شيئا ثم اودعه عند البائع فهلك فى مدة الخيار فهو من مال البائع عنده لان قبضه يرتفع بالرد لعدم الملك كما فى الزيلعى خلافا لهـما والزاى من الزوجة اذا اشترى زوجته فولدت فى مدة الخيار لم تصر أم ولده عنده خلافا لهـما يعنى ولدت قبل القبض وبعده تصير اذا ادعاه ويسقط الخيار للعيب كما فى النهر لان الولادة عيب درر وابن كمال وفى البحر عن الخانية اذا كان الولد ميتا ولم تنقصهـا الولادة لا يبطل خياره وأقره المصنف درر والكاف من الكسب يعنى اذا اكتسب العبد فى المدة فهو للبائع بعد الفسخ عنده خلافا لهما والفاء من الفسخ لبيع الامة فلا استبراء على البائع عنده خلافا لهـما والخاء من الخمر اذا اشترى ذمى من ذمى خمرا فأسلم أحدهما فهو للبائع عنده خلافا لهما عينى وتبعه المصنف لكن عبارة ابن الكمال أسلم المشترى درر وأقول ذكر الزيلعى انه اذا أسلم البائع والخيار للمشترى بقى على خياره بالاجماع ثم قال وهذا كله اذا أسلم أحدهـما بعد القبض والخيار لاحدهما وان أسلم قبل القبض بطل البيع فى الصور كلها سواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار لاحدهـما أولهما الخ والميم من المأذون اذا اشترى المأذون شيئا بالخيار ثم أبرأه البائع عن الثمن فى المدة يكون خياره باقيا فان أجاز البيع فالمبيع له بغير ثمن وان فسخ عاد الى البائع بغير ثمن وعنـدهـما بطل خياره لانه ملكه فكان الرد والفسخ منه تمليكا من البائع بلا بدل وهو تبرع والمأذون لا يملكه عزمى زاده وذكر الزيلعى مسائل آخر منهـا اذا حلف بعتق بان قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنـده خلافا لهـما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت فانه يعتق بالاتفـاق لوجود المعلق عليه العتق وهو الشراء فيبطل خياره ومنهـا مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر العصير فى المدة فسد البيـع عنده خلافا لهمـا ومنهـا حلال اشترى صيدا بشرط الخيـار فقبضه ثم أحرم أى فى مدة الخيار والصيد فى يده ينتقض البيع ويرده الى البائع عنـده وقالا يلزم المشترى فلو كان الخيار للبائع ينتقض فى قولهم جميعا ومنهـا ما لو اشترى دارا وهو ساكنها باجارة أو اعارة فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا عنـده خلافا لهما فان قلت يلزم على ذكره مسئلة القربان أن تكون مسئلة الزوجة مكررة اذ الضمير فى قوله اشتراها وقربها يرجع الى زوجته المذكورة أول المسائل حتى يصح قوله فلا يسقط الخيار اذ لو كانت غير زوجته لسقط خياره بالقربان قلت لا تكرار لاختلاف وضع المسئلة لان الاولى من حيث الملك وعدمه والثانية من حيث القبض وعدمه لانه لا يصير قابضا بوطئها عند البائع قبل قبضها فتهلك على البائع بخلاف الاولى فان وطئها كان بعد قبضها فتهلك عليه شيخ شاهين (قوله وان وطئها له أن يردها) قيده فى النهر بما اذا لم ينقصها الوطء فان نقصها ولو ثيبا امتنع الرد (قوله هذا اذا كانت ثيبا) كان عليه ان يزيد قوله ولم ينقصها الوطء كما سبق (قوله بشهوة) وحدهـا انتشار آلته أو زيادته وقيل بالقلب

وان لم

فكذا هذا فيهما (فلو اشترى زوجته بالخيار بقى النكاح) عند أبى حنيفة وعندهما يفسد قوله فلو اشترى الى آخره نتيجة قوله ولا يملكه (وان وطئها له ان يردها) عند أبى حنيفة خلافا لهما هذا اذا كانت ثيبا وان كانت بكرا امتنع الرد عنده أيضا وكذا اذا قبلها أو مسها أو مسته بشهوة

وان لم تنتشر سراج و ينبغي أن يتعين الاخير في العنين ولو ادّعى عدمها فان كان على الفم لم يقبل قوله والا قبل ولو فعلت الامة به ذلك وأقر بالشهوة كان رضا نهر (قوله وكذا لو وطئها غير الزوج في يده) يعني ولم ينقصها الوطء لان حدوث العيب مانع من الرد مطلقا سواء كان بفعله أو لم يكن (قوله ولو اجاز من له الخيار) بائعا كان أو مشتريا أو اجنبيا نهر (قوله بغيبة صاحبه) المراد بالغيبة عدم علمه وبالحضرة علمه حموي عن المفتاح (قوله بان يتصرف البائع في ثمن المبيع) أو المشتري في المبيع تصرف الملاك فلو أبقى الشارح كلام المصنف على اطلاقه متنا ولا لما اذا كان الخيار للبائع أو المشتري او غيرهما لكان أولى (قوله خلافا لابي يوسف والشافعي) لانه مسلط عليه من قبل صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهما أنه تصرف في حق الغير بالرفع أي رفع العقد ولا يعرى عن مضرة لانه قد يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على العلم بخلاف الاجازة فانه لا الزام فيها وكيف يقال انه مسلط وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط والحيلة فيه أن يأخذ منه وكيلا حتى اذا أبدى له الفسخ ردّه عليه وخيار الرؤية على هذا الخلاف وفي العيب لا يصح فسخه بدون علمه اجماعا ولو أجازه البائع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري جاز وبطل فسخه عندهما وفيه يظهر أثر الخلاف وفيما اذا باعه بشرط أنه اذا غاب فسد فسخ البيع عندهما خلافا له ورجح قوله في الفتح نهر والخلاف انما هو في الفسخ بالقول أما الفسخ بالفعل كالبيع والاعتاق وتوابعه والوطء ودواعيه بشهوة فلا خلاف في جوازه في غيبة الآخر يعني اذا كان الخيار للبائع وفعل شيئا من هذه الاشياء كان فسخا حكميا لانه دليل الاستبقاء بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري فانه يتم البيع (قوله أي موت من له الخيار) بائعا كان أو مشتريا ولو حكما قيدنا بموت من له الخيار لان موت غيره لا يتم به العقد بل الخيار باق لمن شرط له وفي جامع الفصولين وكيل البيع أو الوصي باع بخيار أو المالك بنفسه باع بخيار لغيره فمات الوكيل أو الوصي او الموكل أو الصبي أو من باع بنفسه أو من شرط له الخيار قال محمد يتم البيع في كل ذلك لان لكل منهم حقا في الخيار والجنون كالموت انتهى وكذا الاغماء فان أفاق في المدة ففي الاسبيجابي الاصح انه على خياره قيل التحقيق ان الجنون والاغماء ليسا مسقطين انما المسقط مضي المدة بلا اختيار بدليل ما مر من أنه لو أفاق فيها كان على خياره نهر وبه جزم في التنوير وشرحه من غير ذكر خلاف حيث قال ومضى المدة وان لم يعلم لمرض أو اغماء انتهى واعلم ان قوله في النهر ولو حكما بعد قوله أي موت من له الخيار بائعا كان أو مشتريا يتعلق بقوله بائعا كان أو مشتريا ليشمل بيع المقايضة شيخنا لان تسمية كل من المتعاقدين في المقايضة بالبائع أو المشتري انما هو في الحكم فقط لما ان كلا من السلعتين يصلح أن يكون ثمنا ومبيعا فان قلت ما المانع من جعله متعلقا بالموت ليشمل الردّة اذ هي موت حكما قلت منع منه ما في النهر عن الفتح من أنه لو ارتد فهو على خياره اجماعا ولو تصرف بحكم خياره توقف عنده خلافا لهما بحر (قوله وقال الشافعي يورث) لانه حق لازم ثابت فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا ينتقل عنه بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لا أنه ورث خياره وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن الخيار يورث زيلعي وفي النهر وأما في التعيين فلاختلاط ملك الوارث بملك الغير الا أنه لا يملك الفسخ ولا يتوقت خياره بخلاف المورث ولم أر في كلامهم حكم خيار النقد و ينبغي ان يكون كالشرط انتهى وأما خيار فوات الوصف المرغوب فيه فانه يورث بحر (تتمة) ما ذكره في الدرر من أن الخيارات الاربعة خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب مشتركة في عدم الارث و يفترق خيار الشرط وخيار الرؤية عن خيار العيب والتعيين بان خيار الشرط والرؤية لا تصرف فيهما للوارث أصلا لا بالوراثة ولا ابتداء بخلاف خيار العيب والتعيين فان فيهما تصرفا للوارث ابتداء لا بطريق الارث أي استقلالا لا انتقالا هو الظاهر من كلام الهداية والكافي

وكذا لو وطئها غير الزوج في يده (ولو
أجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح)
مطلقا سواء كانت الاجازة صريحا
بأن يقول أجزته أو أخذته أو نحوه
أو دلالة بأن يتصرف البائع في ثمن
المبيع تصرف الملاك (ولو فسخ)
البيع من له الخيار بغيبة صاحبه
(لا) يصح الفسخ عندهما خلافا
لابي يوسف والشافعي ثم يتوقف
الفسخ فان بلغ خبر الفسخ في المدة تم
الفسخ عندهما ولو بلغ بعد مضي المدة
مدة الخيار تم العقد بمضي المدة
قبل الفسخ (وتم العقد) الذي شرط
فيه الخيار (بموته) أي موت من له
الخيار (ومضي المدة) وقال مالك
ينفسخ فيهما وقال الشافعي
يورث عنه

وصرح صاحب الوقاية بان خيار العيب والتعيين يورثان وتبعه في النقاية والظاهر ان لمشايخنا فيه قولين وقال في الفتح مقتضى النظر أن يتفرع عدم الارث على قول الامام خلافا لهما نوح أفندي بتصرف (قوله والاعتاق) ولو بعضه تنوير وكذا كل تصرف لا ينفذ أو لا يحل الا في الملك كاجارة ولو بلا تسليم في الاصح ونظر الى فرج داخل بشهوة ولا بغير شهوة لانه يحل في غير الملك في الجملة كالطبيب والقابلة وكذا التقبيل والمباشرة بشهوة ولو انكر الشهوة كان القول له لانه ينكر سقوط خياره وكلامه يعطي انه لو اشتراها بالخيار على انها بكر فوطئها ليعلم أهي بكر او لا كان اجازة لان هذا الفعل وان احتيج اليه للامتحان الا انه لا يحل في غير الملك ولو وجدها ثيبا لكنه لم يلبث كان له الرد بهذا العيب نهر واعلم ان الوطء ودواعيه انما يكون دليل الاجازة اذا لم يكن المبيع منكوحة المشتري حتى لو كانت منكوحته وكان الخيار له ففعل بها ما ذكر لم يكن دليل الرضا الا اذا كانت بكرا فوطئها الا بردها حموي عن البرجندي وكان الاولى ابدال قوله الا اذا كانت بكرا بقوله الا اذا نقصها الوطء أما الركوب أو الاستخدام فله الرد بعدهما لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستبقاء عيني وكذا اذا استخدمها ثانيا في نوع آخر الا اذا اتحد النوع فانه يكون اجازة وبه يحصل التوفيق في كلام الصغرى حيث ذكر في موضع ان الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وذكر في موضع آخر ان خياره يبطل بالمرة الثانية (قوله اذا كان الخيار له) اعلم ان تمام العقد بالاجازة بالقول المنبه عليها بقوله فاذا أجاز من له الخيار لا فرق فيها بين ان يكون الخيار للبائع أو المشتري وأما بالاجازة بالفعل المنبه عليها بقوله والاعتاق فمشروطة بان يكون الخيار للمشتري فان كان للبائع كان فسخا وكان عليه ان ينبه على ذلك كما في البحر من انه لم يذكر الاجازة بالفعل سهو نهر (قوله والاخذ بشفعة) ليس الاخذ بقيد لانه يتم بمجرد الطلب سواء اخذ ام لا ففي الكلام مضاف محذوف والاصل وطلب الاخذ سواء كان طلب مواثبة او تقرير نهر بخلاف خيار الرؤية حيث لا يسقط بالاخذ بالشفعة لانه لا يسقط بالصريح فكذا بالدلالة زيلعي (تتمة) بقي مما يتم به البيع ما اذا زاد المبيع في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن وانجلاء بياض العين خلافا لمحمد ولا خلاف في امتناع الفسخ في غير المتولدة منه كالصبغ ونحوه وكذا في المنفصلة المتولدة كالعقر والثمر والمنفصلة الغير المتولدة كالغلة والكسب لا تمنعه اتفاقا فان أجاز المشتري لم ترد عندهما وعند الامام ترد على البائع نهر (قوله وهو القياس) لان الخيار من مواجب العقد فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري وجه الاستحسان ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا نيابة عن العاقد فيقدم له الخيار ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وقوله في النهر وهذا الوجه يقتضي ان البائع لو شرطه لغيره صح ولم أره صريحا تعقبه شيخنا بقوله هو مذكور في شرح مسكين حيث قال والتقييد به اتفاقي أي التقييد بالمشتري في قول المتن ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح لانه ذكر في السراجية الخ وذكر السيد الحموي ان قوله ولم أره صريحا قصور نظر للتصريح به في الدرر والمفتاح وغيرهما واعلم ان التقييد بالمشتري بالنسبة للمتن الذي شرح عليه الشارح وصاحب النهر والبحر أما متن الزيلعي والعيني فليس فيه ذكر المشتري فيكون فاعل شرط العاقد الشامل لكل من المشتري والبائع (قوله وأي أجاز او نقض صح) لان كل واحد يملك التصرف أصالة أو نيابة عيني واعلم ان كلام المصنف شامل لما لو قال الآخر بعده لا أرضى وبه صرح في النهر (قوله فالاسبق احق) لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه أحد وتصرف الآخر بعده لغو عيني (قوله فالفسخ أحق) لانه أقوى لانه يرد على المجاز دون العكس اذ المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة واعترض بما لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ واعادة العقد فانه يجوز وليس فسخ الفسخ الا اجازة واجيب بمنع كونه اجازة بل بيع ابتداء (قوله في رواية كتاب المأذون) وهي الاصح (قوله في بيوع الاصل) يعني المبسوط (قوله تصرف المالك أولى) لقوته (قوله أي البائع او المشتري) هذا التفسير يوجب ان يستعمل باع في كلام المصنف في معنييه حموي يعني البيع والشراء لما سبق من ان البيع من الاضداد وهذا يقتضي

على

(والاعتاق وتوابعه) أي تم العقد باعتاق المشتري أو بالتدبير أو بالكتابة اذا كان الخيار له (والاخذ بشفعة) أي لو اشترى دارا على انه بالخيار ثلاثة أيام فباع رجل دارا بجنبها فأخذها المشتري بشفعة تم الاخذ وصح أخذه (ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح) استحسانا وقال زفر يفسد العقد وهو القياس والتقييد به اتفاقي لانه قال في السراجية والكافي لو شرط أحد المتعاقدين الخيار لغيره صح (وأي) من المشتري والغير اذا (أجاز أو نقض صح) كل واحد من الاجازة والنقض استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر (فان أجاز أحدهما ونقض الآخر فالاسبق) أي منهما (أحق) بما فعل (وان كانا) أي الاجازة والفسخ (معا) أو لم يعلم التاريخ (فالفسخ أحق) في رواية كتاب المأذون وقال في بيوع الاصل تصرف المالك أولى من تصرف النائب نقضا كان او اجازة (ولو باع عبدين) بالف درهم (على انه) أي البائع أو المشتري (بالخيار في أحدهما)

على ماذكره الكرخي من انه لوشرط خيار التعيين للبائع جاز استحسانا واليه أشار في الزيادات وفي شرح التلخيص والكافي وهو الاصح وفي المجرد لايجوز لانه جوز للمشتري للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة اليه للبائع ووجهه الكمال بأن المبيع كان مع البائع قبل البيع فهو أدري بما لائمه قال في النهر وأنت خبير بأن الانسان قديرث قيميا لايعرفه ويقبضه وكيله فيبيعه بهذا الشرط ليبقى لنفسه ماهو الارفق لكن قال السيد الحموي هذه صورة نادرة والاحكام لاتناط بالنادر (قوله ان فصل وعين صح) لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد فكان الداخل فيه غيره فالم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لايجوز اذجهالة المبيع أوالثمن تفسد البيع ولن يكونا معلومين الابالتفصيل والتعيين عيني (قوله لايصح في هذه الصور الثلاثة) لجهالة المبيع والثمن أواحدهما ولواشترى كيليا أووزنيا أوعبدا واحدا على انه بالخيار في نصفه جاز فصل أولا لان النصف من الشئ الواحد لايتفاوت عيني (قوله وصح خيار التعيين) أي في القيميات لا في المثليات لعدم تفاوتها (قوله حتى لواشترى أحد الثوبين الخ) اعلم ان نسخ الجامع الصغير اختلفت ففي بعضها اشترى أحد الثوبين الخ كما هنا وهذا لايحتاج الى معذرة وفي بعضها اشترى ثوبين وهو مجاز ووجه التجوز احتمال ان يكون كل منهما هوالمبيع أوانه من قبيل اطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان أي من احدهما كذا في العناية اذاعلمت هذا ظهر ان ماذكره في الدرر من قوله يعني اشترى ثوبين على ان يأخذ أيهما شاء مستقيم لاغبار عليه وما اعترض به في الشرنبلالية من ان ظاهره وقوع الشراء على الجميع ابتداء وهو مخالف لما في الزيلعي والبرهان من تصوير المسئلة بما اذاوقع الشراء على أحد العبدين أوعلى ثوب من ثوبين والصواب ماصوربه الزيلعي والبرهان لان المنصوص عليه ان أحدهما مضمون عليه بالثمن والآخر أمانة في يده لقبضه باذن مالكه لاعلى سوم الشراء وهذا لايتأتى الافيما اذا اشترى أحدهما انتهى رده شيخنا بان هذا الظاهر غيرمراد له وانما المراد أحدهما بقرينة ماذكره أول الباب فانه قدصرح بان المعقود عليه احدهما وحينئذ يكون من مجاز الحذف فيسقط ماادعاه المحشي من التصويب على ان صاحب الدرر تابع للهداية انتهى (قوله وفي الاربعة لايصح) لان الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الجيد والوسط والردئ فلاحاجة الى الاربعة (قوله وهو القياس) لجهالة المبيع ووجه الاستحسان ان هذه الجهالة لاتفضي الى المنازعة لتعيين من له الخيار فلاتمنع الجواز زيلعي (قوله ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط الخ) قال شمس الائمة الحلواني وهو الصحيح فيجوز رد كل من الثوبين الى ثلاثة ايام ولوبعد تعيين الثوب الذي فيه البيع ولومضت الثلاث قبل ردشئ وتعيينه بطل خيار الشرط نهر والحاصل ان ردهما معا فيما اذا كان فيه خيار الشرط مقيد بما اذا كان الرد في المدة اماردأحدهما فلايتقيد لانه بمضي المدة يلزم العقد في احدهما وله التعيين بحر ومنه يعلم مافي كلام بعضهم من الايهام ولومات من له الخيار فلوارثه أن يرد احدهما ولو بعد مضي المدة لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لايتوقف في حق الوارث وليس له ردهما معا ولوفي المدة لانه انما يكون بحكم خيار الشرط وهو لايورث كما سبق (قوله والصحيح أنه لايشترط) فيلزم العقد في احدهما حتى لايرد الا احدهما وعلى قول الكرخي له أن يردهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط (قوله واذالم يذكر خيار الشرط فلابد من توقيت خيار التعيين الخ) قال العبد الضعيف اذالم يذكر خيار الشرط فلامعنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه للزوم العقد عند مضي الوقت وفي خيار التعيين لايمكن ذلك لانه لازم في احدهما قبل مضي الوقت فلافائدة لشرط ذلك والذي يغلب على الظن ان التوقيت لايشترط فيه زيلعي وابدى في الحواشي السعدية له فائدة هي انه يجبر على التعيين بعد مضي الايام الثلاثة قال وهذا هواثر توقيت خيار التعيين كما اذاذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بلافرق وقوله في النهر كما اذالم يذكر معه خيار الشرط صوابه حذف حرف النفي فان سوق كلام الحواشي السعدية للتسوية بين توقيت

(ان فصل) ثمن كل واحد منهما (وعين) العبد الذي فيه الخيار (صح والا) أي وان لم يفصل ولم يعين أوفصل ولم يعين أوعين ولم يفصل (لا) يصح في هذه الصور الثلاثة (وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة) حتى لواشترى أحد ثوبين على ان يأخذ أيهما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة ايام صح وفي الاربعة لايصح وعند مالك يصح وعند زفر والشافعي لايصح في الكل وهو القياس ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين والصحيح انه لايشترط واذالم يذكر خيار الشرط فلابد من توقيت خيار التعيين بالثلاث أو بمادونه عند أبي حنيفة وبماشاء العاقدان عندهما

خيار التعيين عند خلوه عن خيار الشرط بالثلاثة و بين ما لوذ كر معه خيار الشرط ومضت مدته حيث يجبر على التعيين فيهما يعني في الصورتين وحينئذ فقد ظهر لتقييده بالثلاث عند عدم ذكر خيار الشرط فائدة كذا ذكره شيخنا واعلم ان ماذكره في الحواشي السعدية من أن فائدة توقيت خيار التعيين هي انه يجبر على التعيين بعد مضي الايام الثلاثة الخ يفيد ماذكره في الشرنبلالية من ان فائدته دفع ضرر البائع لما يلحقه من مطل المشتري التعيين اذا لم يشترط توقيت خيار التعيين فيفوت على البائع نفعه وتصرفه فيما يملكه انتهى ثم اذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فهلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعين الآخر للامانة لان الداخل تحت العقد احدهما والذي لم يدخل في العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء فكان امانة في يده كما ذكره الزيلعي حتى لو هلك الآخر بعد هلاك الاول او تعيب لا يلزم عليه من قيمته شئ كما في العناية هذا اذا هلك احدهما قبل الآخر فلو هلكا معا أو على التعاقب ولا يدري الاول لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل احدهما مبيعا وامانة سواء كان الثمن متفقا او مختلفا بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره وله ان يرد احدهما لانه محل لابتداء البيع فكذا التعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له ان يردهما وان كان فيه خيار الشرط لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط زيلعي (قوله ولو اشتريا على انهما بالخيار الخ) وكذا الخلاف في خيار الرؤية والعيب فليس لاحدهما الرد بعد رؤية الآخر أو رضاه بالعيب خلافا لهما لضرر البائع بعيب الشركة وكذا لو اشترى عبدا من رجلين صفقة على ان الخيار لهما فليس لاحدهما الانفراد اجازة او ردا خلافا لهما تنوير وشرحه وعزو ذلك للتنوير فقط في كلام بعضهم سبق قلم (قوله وعندهما له ان يرده) لان اثبات الخيار لهما يستلزم اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما محتاج الى دفعه عن نفسه فلو بطل بابطال الآخر خياره لم يحصل مقصوده وله ان المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما على الانفراد فلا ينفرد احدهما بالرد ولان حق الرد يثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع وفي رد احدهما ضرر بالبائع اذ المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما لرده معيبا بها اذ هي عيب في الاعيان لكونه لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق المهاياة وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد زيلعي (قوله على انه خباز الخ) وشرطه ان يقدر على الكتابة والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن ذلك فله الخيار وان قال البائع كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول للمشتري مطلقا وان احتملت المدة ما ادعاه البائع زيلعي مع نهر (قوله اخذه بكل الثمن او ترك) لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة زيلعي ولو امتنع الرد بسبب من الاسباب والمسئلة بحالها رجع بالنقصان بأن يقوم كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت وليس كل الاوصاف يصح العقد باشتراطها بل الضابط فيها ان كل وصف لا غرر فيه فاشتراطه جائز لا ما فيه غرر الا ان يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده بأن لا يكون مرغوبا فيه وعلى هذا تفرع ما لو باع ناقة اوشاة على انها حامل او تحلب كذا فسد البيع ولو شرط انها حلوب جاز واختلف في اشتراط حمل الجارية فقيل لا يجوز كالناقة وقيل يجوز لانه فيهن عيب فكان ذكره للبراءة منه وهو الصحيح نهر عن الخانية ووجه الفساد فيما اذا باع الشاة على انها حامل او تحلب كذا رطلا انه من قبيل الشرط الفاسد بخلاف ما لو باعها على انها حلوب او لبون حيث لا يفسد لانه من قبيل الوصف عيني ولو قال يخبز كذا صاعا او يكتب كذا قدرا يفسد لما ذكرنا

(ولو اشتريا) عبدا مثلا (على انهما بالخيار فرضي احدهما لا يرده الآخر) عند أبي حنيفة وعندهما له ان يرده (ولو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب وكان) العبد (بخلافه فللمشتري الخيار ان شاء اخذه بكل الثمن او ترك) المبيع *(باب خيار الرؤية)*

(باب خيار الرؤية)

اى خيار عدم الرؤية حموى فأفاد بتقدير هذا المضاف ان الاضافة من اضافة المسبب الى السبب اذ عدم الرؤية سبب ثبوت الخيار وعلى هذا فلابد من ملاحظة تقدير المضاف ويصح كون الاضافة من اضافة الشئ الى شرطه فان هذا الخيار يثبت بشرط الرؤية وعلى هذا فلا تقدير وانما اقتصر المحشى على الاول لانه الاصل فى الاضافة لانه اقوى وجوه الاختصاص كما قدمه المنلا كذا ذكره شيخنا فان قلت جعل الاضافة من قبيل اضافة الشئ الى شرطه ليس بظاهر كما فى الدرر لما سيجئ ان له الرد قبل الرؤية قلت اجاب شيخنا بما فى الزيلعى من انه انما جاز فسخه قبل الرؤية لكونه عقدا غير لازم فينفسخ لذلك لا بموجب الخيار انتهى ثم اعلم ان خيار الرؤية يثبت فى كل عين ملكت بعقد يحتمل الفسخ كالشراء فلا يثبت فى المسلم فيه ولا فى الاثمان الخالصة لثبوت كل فى الذمة ولا فى المهر وبدل الخلع والصلح عن القصاص لعدم قبولها الفسخ كذا فى البرهان قال فى الشرنبلالية وينبغى ان يكون كذلك بدل العتق والكتابة انتهى واحترز بالاثمان الخالصة عما اذا كان المبيع اناء من احد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما كما فى النهر وقد نظم العلامة الحموى ما يثبت فيه خيار الرؤية فقال

فى اربع خيار رؤية يرى * اجارة وقسمة كذا الشرا
كذاك صلح فى ادعاء المال * فاحفظ بعا نظمها فى الحال

(قوله يمنع تمام الحكم) ولهذا كان له رده قبل الرؤية ولو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن لانه لا يمنع وقوع الملك للمشترى بحر وكذا لو هلك فى يده أو صار الى حال لا يملك فسخه بطل خياره ومالم يبطل خياره لا طلب عليه بالثمن قبل الرؤية (قوله يمنع نفس الحكم) ولهذا لو باع بشرط الخيار لم يخرج عن ملكه ولو اشترى بشرط الخيار لم يدخل فى ملكه كما سبق (قوله فكان اضعف) لانه لا يمنع الحكم ولا تمامه اما انه لا يمنع الحكم فلخروجه عن ملك البائع ودخوله فى ملك المشترى واما انه لا يمنع التمام فلانه ليس له رده الا اذا ظهر به عيب قديم فاللزوم فى العقد اخص من التمام فكل لازم تام ولا ينعكس شيخنا (قوله شراء ما لم يره) المراد بالرؤية العلم بالمقصود فتكون الحقيقة فردا من افراد المجاز لان من المبيع ما لم يعلم منه المقصود بالرؤية بل بالشم مثلا فى نحو المسك نهر عن الفتح (قوله جائز) لقوله عليه السلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه وظاهر اطلاقه يقتضى عدم اشتراط الاشارة اليه وهو الاصح كما فى الدرعن اخى زاده خلافا لما فى التنوير تبعا للبحر والفتح من ان شرط جوازه الاشارة اليه أو الى مكانه وهو الظاهر من كلام صدر الشريعة حيث مثل لما اذا اشترى ما لم يره بقوله كما اذا اشترى جارية متنقبة مشارا اليها يجوز البيع وله الخيار اذا كشفت وجهها وكذا الدرة فى الحقة قال المرحوم الشيخ شاهين وفى العناية ما يخالفه فانه قال بعد هذا وكذا الغائب المشار الى مكانه ولم يكن فيه من هو مسمى باسم المبيع غيره قال وهذا يوافق ما استدلوا به من قصة عثمان وطلحة واقول لا تخالف لان الشرط للجواز على القول به الاشارة الى المبيع ان كان حاضرا مستورا أو مكانه ان كان غائبا كما سبق عن التنوير غايته ان صدر الشريعة اقتصر فى التمثيل على الاول وجمع بينهما فى العناية (تتمة) ظهر ان المبيع من خلاف جنس المسمى فسد البيع والاصل ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا وكان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعقد فاسد وان كان من جنسه فالعقد جائز ثم ان كان المشار اليه دون المسمى يتخير المشترى والثياب اجناس والذكر مع الانثى فى بنى آدم جنسان حكما وفى سائر الحيوانات جنس واحد شيخ شاهين عن شرح القدورى معزيا للمجتبى (قوله فى جوالق) الجوالق وعاء والجمع الجواليق بالفتح والجوالق أيضا صحاح وقال فى القاموس الجوالق بكسر الجيم واللام وبضم الجيم وفتح اللام وكسرها (قوله فى حقة) الحقة بالضم وعاء من خشب شيخنا عن القاموس (قوله واتفقا على انه موجود فى ملكه) المراد الاتفاق على وجود المبيع لا بشرط كونه فى ملك البائع لجواز بيع الوكيل والوصى والمتولى والمضارب ونحوه شرنبلالية وأقول لا حاجة اليه لجعل مرجع الضمير فى ملكه هو المالك التصرف

اعلم ان خيار الرؤية يمنع تمام الحكم يخلل فى الرضا وخيار الشرط يمنع نفس الحكم فكان أقوى فى المانعية ثم خيار العيب يمنع لزوم الحكم فكان أضعف من الكل فلذلك قدم خيار الشرط على خيار الرؤية ثم قدم خيار الرؤية على خيار العيب (شراء مالم يره جائز) كما اذا اشترى زيتا فى زق أو برا فى جوالق أو درة فى حقة أو ثوبا فى كم واتفقا على انه موجود فى ملكه ولم ير المشترى شيئا من ذلك صح البيع عندنا

فيشمل جميع ماذكر على ان ماذكره من عدم اعتبار الملك لايصح لانه حينئذ يرد عليه المباح لعدم جواز بيعه قبل احرازه فتدبر (قوله خلافا للشافعي) لان المبيع مجهول وقد نهى عليه السلام عن بيع ماليس عند الانسان أي ماليس بحاضر عند المتبائعين لناماسبق من قوله عليه السلام من اشترى مالم يره الخ ولان الجهالة فيه لاتفضي الى المنازعة لانه اذالم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد المعاين والمراد بالنهي عن بيع ماليس عند الانسان ماليس في ملكه زيلعي فعلى هذا اذا اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين عناية (قوله وان رضي) واصل بماقبله يعني له الخيار اذارآه وان كان رضي قبله أي قبل ان يراه لان الخيار معلق بالرؤية على ماروينا فلا يثبت قبله ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لايتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ونظيره اجازة الوارث الوصية بمازاد على الثلث قبل موت الموصي لاتعتبر بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل الرؤية لكونه عقدا غير لازم فينفسخ لذلك لابموجب الخيار كما قدمناه عن الزيلعي ونظر فيه في العناية بأن عدم اللزوم باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لايوجد بدونها فكذا ملزومه لان ماهو شرط اللازم فهو شرط الملزوم انتهى وهو ظاهر في انه قبل الرؤية بات وبه صرح في الفتح واجاب في الحواشي السعدية بانا لانسلم ان عدم اللزوم للخيار بل لعدم وقوعه منبرما وان كان عدم انبرامه باعتبار انه يثبت له الخيار عند الرؤية الخ النهر (قوله قبله) اى قبل الرؤية وذكر الضمير لتأويل الرؤية بالعلم شيخنا (قوله بأن قال رضيت) احترز به عن الرضا بالفعل بأن تصرف فيه فانه يبطل خياره حموي عن شرح المجمع وفي الدرعن الولوالجية اراد أن يبيع ضيعة ولا يكون للمشتري خيار رؤية فالحيلة ان يقر بثوب لانسان ثم يبيع الثوب مع الضيعة ثم المقر له يستحق الثوب المقر به فيبطل خيار المشتري للزوم تفريق الصفقة وهو لايجوز الا في الشفعة انتهى واعلم ان الفسخ بخيار الرؤية لايحتاج الى قضاء ولا رضا لكن لايصح الا بحضرة البائع عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف بغير حضرته أيضا والرضا يصح بدون حضرته اجماعا حموي عن البرجندي (قوله ولا خيار لمن باع مالم يره) مراده اذا باع بالثمن فلو كان بيع سلعة بسلعة فلكل منهما الخيار بحر (قوله يقول اولا له الخيار) اعتبارا بخيار الشرط زيلعي (قوله ثم رجع وقال لا خيار له) لان عثمان بن عفان باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم اره وقيل لعثمان غبنت فقال لي الخيار لاني بعت مالم اره فحكما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضر من الصحابة عيني وجبير بن مطعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف القرشي النوفلي صحابي عارف بالانساب مات سنة ثمان أو سبع وخمسين شيخنا عن التقريب ومافي الدرر من قوله طلحة ابن عبد الله بلفظ المكبر تعقبه عزمي زاده بان الصواب عبيد الله بلفظ التصغير كما في الهداية وسائر الكتب (قوله ويبطل الخ) فيه ايماء الى ان خيار الرؤية يثبت مطلقا غير موقت بمدة هو الاصح لاطلاق النص مالم يوجد مبطله وهو مايبطل به خيار الشرط ولو قبل الرؤية ومايفيد الرضا بعد الرؤية لاقبلها فلهالاخذ بالشفعة ثم رد الاول بالرؤية در وقوله بما يبطل به خيار الشرط كالتصريح بالرضا أو التعيب او تصرف لايحل كالوطء والقبلة واللمس بشهوة اولا يرفع كالاعتاق والتدبير أو يوجب حقا للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري والهبة مع التسليم والرهن والاجارة الا انه في هذه لايتقيد بما بعد ثبوته بل يبطل قبله ومعناه خروجه عن صلاحية ان يثبت له الخيار عندها والا فالخيار معلق بها فكيف يبطل قبلها بخلاف مالايوجبه كالبيع بخيار للبائع والمساومة والهبة بلا تسليم وبهذا اندفع ايراد الاخذ بالشفعة والعرض على البيع فان خيار الشرط يبطل بهما دون الرؤية لان الرضا صريحا غير مسقط له قبله فالدلالة أولى نهر (قوله بما يبطل به خيار الشرط) هذه الكلية غير منعكسة لانه لو قبض المبيع بعد رؤيته لم يبطل خيار الشرط وبطل خيار الرؤية نهر واقول لايضر عدم انعكاس هذه الكلية لما تقرر من ان الشرط في القضايا الشرعية الاطراد دون الانعكاس حموي (قوله وكفت رؤية وجه الصبرة) معناه انه لو رأى

ماذكر

خلافا للشافعي (قوله) اى للمشتري (ان يرده اذا رآه وان رضي قبله) بأن قال رضيت (ولا خيار لمن باع مالم يره) بأن ورث شيئا مثلا فباعه قبل الرؤية وكان أبو حنيفة يقول أولا له الخيار ثم رجع وقال لاخيار له (ويبطل) خيار الرؤية (بما يبطل به خيار الشرط وكفت رؤية وجه الصبرة

ماذكر ثم اشترى فلاخيار له لانه بعد الشراء يسقط خياره بذلك كما توهمه بعض الطلبة واستشكاله بانه غير موقت على الاصح بل له الفسخ في جميع عمره مالم يسقطه بقول او فعل يدل على الرضا نهر (قوله ووجه الرقيق) ويكتفى برؤية اكثر الوجه نهر عن المعراج (قوله ووجه الدابة الخ) المراد بالدابة الفرس والحمار والبغل جوهرة فينظر حكم نحو البعير والبقر شرنبلالية وأقول تقييده بالفرس ونحوه للاحتراز عما لو كانت شاة للحم او للدر والنسل او كانت بقرة او ناقة للحلب ولهذا قال في النهر وأراد بها التي تركب احترازا عن الشاة فان كانت شاة لحم فلابد من جسها او قنية للدر والنسل فلابد من النظر الى ضرعها والبقرة الحلوب والناقة كذلك وشرط في الظهيرية مع النظر الى ضرعها سائر جسدها قال في البحر فليحفظ (قوله وشرط بعضهم رؤية القوائم) أي مع الوجه والكفل شرنبلالية والصحيح عدم الاشتراط زيلعي بقي ان يقال ظاهر كلام الدرر كالزيلعي يقتضي ان اشتراط رؤية القوائم على القول به غير مقيد بدواب الركوب ويخالفه صريح كلام الشارح (قوله وعن أبي يوسف الخ) يتأمل في مغايرة هذا لما في المتن حموي فلو قال عقب قول المصنف ووجه الدابة وكفلها وهو رواية عن أبي يوسف لكان أولى وجعله في النهر قول أبي يوسف قال وهو الصحيح (قوله لابد من النظر الى ضرعها) تعقبه السيد الحموي بما في الظهيرية من قوله وفي شاة القنية لابد من النظر الى ضرعها وسائر جسدها انتهى وأقول استظهر في النهر أنه لو اقتصر على رؤية الضرع كفاه كما جزم به غير واحد انتهى (قوله وظاهر الثوب مطويا) لانه يستدل برؤية طرف منه على الباقي اذ لا تتفاوت أطراف الثوب الواحد الا يسيرا وذا غير معتبر قال الاقطع ومتى وجد داخل الثوب مختلفا فهو عيب ولا تعلق له بخيار الرؤية حموي عن شرح الشلبي (قوله وعند زفر لابد من نشره الخ) والفتوى على قوله حموي وفي النهر عن المبسوط الجواب على ما قاله زفر (قوله كالعلم) والمعتبر في الرخصة قدر أربعة اصابع من أصابع عمر لا مضمومة كل الضم ولا منشورة كل النشر كما هي على هيئتها وذلك قدر شبر ولا بأس بالعلم من فضة في العمامة قدر أربع اصابع ويكره من الذهب كالخاتم وقيل لا يكره ذلك وقال علم من الذهب كالمنسوج يجوز قدر أربع أصابع للرجال وكذا القلنسوة في ظاهر المذهب كذا بخط الجد عن القنية (تتمة) جعل العلم في الثوب مقصودا بالنسبة لعدم سقوط خيار الرؤية الا اذا رآه فلا ينافي أنه انما دخل في البيع تبعا حتى لا يشترط لجواز البيع ان ينقد من الثمن قدر ما قابل العلم لقولهم ما اتصل بالمبيع اتصال قرار يدخل في البيع تبعا فلا يقابله شيء من الثمن ولو كان لونا من فضة كما سبق (قوله او أشجار البستان من خارج) أنكر بعضهم هذه الرؤية وقال المقصود باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره وجزم به في جامع قاضيخان وهو الذي ينبغي ان يعول عليه وقالوا في الكرم لابد من رؤية عنبه من كل نوع وفي الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض وفي الدهن في الدجاجة لابد ان يصبه في كفه عند الامام ولو اشترى سمكا في ماء يمكن أخذه فرآه فيه لا يسقط خياره وهو الصحيح وفي دفوف المغازي لابد من سماع صوتها نهر (تنبيه) اذا كان المبيع مغيبا تحت الارض كالجزر والثلجم والبصل والثوم والفجل بعد النبات ان علم وجودها تحت الارض جاز والا فلا فان باعه ثم قلع منه أنموذجا ورضي به فان كان يباع كيلا كالبصل او وزنا كالثوم والجزر بطل خياره عندهما وعليه الفتوى للحاجة وجريان التعامل به وعند أبي حنيفة لا يبطل وان كان مما يباع عددا كالفجل ونحوه فرؤية بعضه لا تسقط خياره حموي عن شرح المختار (تتمة) الانموزج بالراي في خط الشيخ حسن الشرنبلالي لكن ضبطه نوح افندي بالذال كذا بخط شيخنا ثم رأيت بخطه أيضا عن القاموس ما نصه النموذج بفتح النون مثال الشيء معرب والانموذج لحن انتهى (قوله وهو الصحيح) لان مرافقها تختلف فلابد من رؤية الكل وما ذكره الشيخ يبتني على عادة أهل الكوفة فان في ذلك الزمان دورهم كانت على مقطع واحد ولم تختلف الا في الكبر والصغر وكونها جديدة أو قديمة وذلك يظهر برؤية بعضها واما اليوم فبخلافه زيلعي واقول يمكن تخريج كلام المصنف على ما قاله زفر بان يراد بداخل الدار داخل بيوتها (قوله ونظر وكيله الخ)

و) وجه (الرقيق) مطلقا سواء كان رجلا أو امرأة والنظر الى غيره من الجسد لا يبطل الخيار (و) وجه (الدابة وكفلها) وشرط بعضهم رؤية القوائم في دواب الركوب وعند محمد رؤية الوجه تكفي وعن أبي يوسف ان النظر الى وجه الدابة لا يبطل خيار الرؤية حتى ينظر الى كفلها أيضا وفي شاة اللحم لابد من الجس وفي شاة القنية لابد من النظر الى ضرعها وفيما يطعم لابد من الذوق وعن أبي حنيفة ان في البرذون والبغل والحمار يشترط رؤية الحافر والذنب أيضا (و) كفت رؤية (ظاهر الثوب) حال كونه (مطويا) وعند زفر لابد من نشره ورؤية كله قالوا هذا اذا لم يكن في طي الثوب ما يكون مقصودا فان كان فيه ما يكون مقصودا كالعلم لا يسقط خياره مالم ير موضع العلم (و) كفت رؤية (داخل الدار) وفي عامة الروايات اذا رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم ير بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار أو أشجار البستان من خارج وعند زفر لابد من رؤية داخل البيوت وهو الصحيح قيل في الدار يعتبر رؤية ما هو المقصود حتى لو كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان وبيت طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط
٧ رؤية الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا اذا كان العلو مقصودا وبعضهم شرطوا رؤية الكل وهو الاظهر كذا في المحيط (ونظر وكيله

٧ قوله والثلجم هو اللفت كما في المصباح وهو بالسين المهملة ولا تقل ثلجم ولا شلجم أو لغية قاموس اه مصححه بحراوي

دل كلامه ان رؤيته قبل التوكيل به لا أثر لها فلا يسقط بها الخيار فتح وغيره وقالوا ان الوكيل بالقبض كالرسول فى مسائل منها انه لا رجوع عليه بالثمن لو رد المبيع بالعيب وتصح كفالته بالثمن للمشترى ولا يصح ابراؤه وتقبل شهادة الوكيل بقبض الدين به نهر فان قلت قوله للمشترى صوابه للبائع اذ هو المكفول له بالثمن قلت المراد من قوله للمشترى أى عن المشترى شيخنا (قوله بالقبض) قيد به لانه لو وكل رجلا بالرؤية لا تكون رؤيته كرؤية الموكل اتفاقا شرنبلالية عن الخانية (قوله لا نظر رسوله) سواء كان رسول قبض أو شراء بخلاف وكيل الشراء والفرق بين الوكيل والرسول ان الوكيل يملك الخصومة اذا امتنع البائع عن التسليم والرسول لا يملك حموى عن المفتاح (قوله فقبضه الوكيل بعد مارآه) ذكر فى الشرنبلالية ان المعتبر رؤيته التى مع القبض دون التى قبله وبعده اه وأقول اما عدم اعتبار الرؤية بعد القبض فمسلم واما عدم اعتبارها قبله فكأنه أخذه من قولهم القبض ناقص وتام فالتام هو ان يقبضه وهو يراه بناء على ما توهمه من ان قولهم وهو يراه يفيد اشتراط كون القبض مع الرؤية وليس كذلك اذ قولهم وهو يراه لا ينافى كون الرؤية الكائنة قبل القبض معتبرة أيضا حيث وجدت بعد التوكيل بدليل ما قدمناه عن الفتح من ان رؤيته قبل التوكيل لا أثر لها فتقييده بما قبل التوكيل يفيد انها بعد التوكيل معتبرة مطلقا ولو قبل القبض فالغرض من قولهم وهو يراه الاحتراز عما لو تأخرت رؤيته عن قبضه حيث لا تعتبر حينئذ لكونه بعد القبض اجنبيا لانتهاء الوكالة بالقبض ومن هنا يعلم سقوط ما ذكره بعضهم من ان فى قول الشارح فقبضه الوكيل بعد مارآه تساهلا وحق العبارة فقبضه الوكيل رائيا الخ (قوله فقبضه الرسول بعد مارآه) حق العبارة ان يقال فقبضه ناظرا اليه لان ضمير رآه لا يصح ان يرجع للرسل لانه اذا نظر ورضى قبل قبض الرسول كيف يثبت له الخيار بعده ولا الى رسوله لان الرسول لا عبرة بنظره سواء كان قبل القبض أو معه أو بعده شرنبلالية وقوله حق العبارة ان يقال فقبضه ناظرا اليه أى حالة كون المرسل ناظرا اليه (قوله وقال أبو يوسف ومحمد الوكيل الخ) لانه انما توكل بالقبض دون اسقاط الخيار ولهذا لا يملك اسقاطه قصدا بان قبضه مستورا ثم رآه واسقط الخيار وله ان القبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل غير ان التوكيل ينتهى بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك لكونه اجنبيا بعد انتهاء الوكالة زيلعى (قوله كن رسولا عنى بقبضه) أو أمرتك بقبضه زيلعى أو قل لفلان يدفع اليك المبيع نهر (قوله وصح عقد الاعمى) لانه مكلف محتاج زيلعى ولو لغيره در وهو كالبصير الا فى اثنى عشر مسئلة لا جهاد عليه ولا جمعة ولا جماعة ولا حج وان وجد قائدا الكل ولا يصلح كونه شاهدا ولو فيما تقبل فيه الشهادة بالتسامع على المذهب ولا دية فى عينه وانما الواجب حكومة عدل وكره اذانه وحده وامامته الا ان يكون اعلم القوم ولا يجوز اعتاقه عن الكفارات ولا يكون اماما اعظم ولا قاضيا ويكره ذبحه ولم أر حكم صيده ورميه واجتهاده فى القبلة بحر (قوله وسقط خياره بجس المبيع الخ) محمول على ما اذا وجد الجس ونحوه منه قبل الشراء اما اذا اشترى قبل الجس لا يسقط خياره بل يثبت باتفاق الروايات لما روينا ويمتد الى ان يوجد ما يدل على الرضا من قول أو فعل على الصحيح زيلعى ثم الاكتفاء بالجس ونحوه فيما يدرك به ولا يحتاج الى غيره فان احتيج اليه لا بد منه كان اشترى ثوبا فلا بد من صفة لونه وجنسه ورقته مع الجس وفى الشمعة لا بد من اللمس والصفة شرنبلالية عن الجوهرة والى هذا اشار الشارح بقوله اذا كان مما يعرف به (قوله بوصفه) لانه يقام مقام الرؤية فى حق البصير كما فى السلم حتى لا يكون له خيار الرؤية بعدما وصف له فكذا فى حقه زيلعى (قوله اذا قال رضيته) يتعلق بقوله وسقط خياره الخ فاقتضى ان الجس والشم والذوق والوصف وجدت بعد الشراء وعلى ما قاله الزيلعى كغيره من ان هذه الاشياء وجدت قبل الشراء لا حاجة لقوله رضيته وعلى ما ذكره الشارح انما توقف سقوط خياره على قوله رضيته مثلا لان شيئا من ذلك اذا وجد بعد الشراء امتد خياره الى ان

يوجد

بالقبض كنظره لا نظر رسوله) حتى لو اشترى طعاما لم يره فوكل رجلا بالقبض فقبضه الوكيل بعد مارآه فليس للمشترى ان يرده الا من عيب وان أرسل رسولا بقبضه فقبضه الرسول بعد ما رآه فالمشترى ان يرده وقال أبو يوسف ومحمد الوكيل والرسول سواء وللمشترى ان يرده اذا رآه وهذا الخلاف فى الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار اجماعا وصورة الوكيل ان يقول المشترى لغيره كن وكيلا عنى بقبض المبيع وصورة الرسول ان يقول كن رسولا عنى بقبضه (وصح عقد الاعمى) مطلقا سواء كان بيعا أو شراء (وسقط خياره) وقال الشافعى لا يصح شراء الاعمى (بجس المبيع) اذا كان مما يعرف به (وشمه) اذا كان مما يعرف به (وذوقه) اذا كان مما يعرف به (وفى العقار بوصفه) أى اذا اشترى الاعمى العقار سقط خياره بوصفه له الخ ما تقدم ثم قال رضيته

يوجدما يسقط من قول أوفعل شيخنافان قلت على ماذكره الزيلعي من ان الجس ونحوه وجد قبل الشراء يشكل قول المصنف وسقط خياره لان التعبير بالسقوط يقتضى سبق ثبوته قلت يمكن الجواب بان المراد ولاخيارله (قوله وعن أبي يوسف انه يقاد الخ) لان التشبيه يقوم مقام الحقيقة فى موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة فى حق الاخرس فى الصلاة واجراء الموسى مقام الحلق فى حق من لا شعرله فى الحج قال الفقيه وهذا أحسن الاقاويل وبه نأخذ عناية لكن رده فى الفتح بان ايقافه فى ذلك المكان ليس بشرط فى صحة الوصف وسقوط الخيار به ولهذا لم يذكره فى المبسوط وممن انكره الكرخي وقال وقوفه فى ذلك الموضع وغيره سواء نهر وان ابصر بعد الوصف و بعدما وجد منه مايدل على الرضا فلاخيارله لان العقد تم به وانبرم فلاينقض بعد ذلك الا برضاهما زيلعي (قوله ان وكل بصيرا بقبضه الخ) وهواشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل به كرؤية الموكل عنده على مابينا زيلعي (قوله بصفقة) الصواب اسقاط الباء حموى (قوله له ردهما) لان رؤية احدهما لا تغنى عن رؤية الآخر وليس له ان يرده وحده لنهيه عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة فيردهما جميعا ضرورة عيني وكذا لو وجد باحدهما عيبا قبل القبض ليس له ان يرده وحده ولو استحق أحدهما رد الباقي لان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع نهر وقوله قبل القبض يحترز به عما لو وجد العيب بعد القبض حيث لا يمتنع رد المعيب وحده لانه فى خيار العيب يملك تفريق الصفقة بعد القبض بخلاف خيار الرؤية والشرط حيث لا يملك التفريق مطلقا كما سيأتى (قوله بطل خياره) ولا ينتقل الى ورثته لان الخيار ثبت بالنص للعاقد ولان الخيار وصف فلا يجرى فيه الارث زيلعي (قوله ولا ينتقل الى ورثته خلافا للشافعي) يشكل بما سبق من قوله بعد قول المصنف شراء مالم يره جائز خلافا للشافعي قلت لا اشكال لان ماذكرناه هنا بالنسبة لمذهب الشافعي فى القديم وماسبق بالنظر لمذهبه فى الجديد قال العيني وعند مالك وأحمد يصح بيعه بالصفة و يثبت له الخيار اذا لم يكن بهذه الصفة وهو قول الشافعي فى القديم (قوله وان لم يتغير لا خيار له) هذا اذا كان وقت الرؤية قاصد الشراء عالما بانه مرئيه وقت الشراء فلو رآه لا لقصد شراء ثم شراه قيل له الخيار لانه لا يتأمل التأمل المفيد وعليه التعويل وكذا لو لم يعلم وقت الشراء انه مرئيه يتخير أيضا لعدم الرضا تنوير وشرحه (قوله فالقول للبائع مع يمينه) لان الظاهر شاهد له اذ الاصل بقاء ما كان على ما كان وكذا سبب اللزوم وهو رؤيته السابقة قد ظهر فلا يصدق فى دعواه التغير الا ببينة زيلعي (قوله فان بعدت المدة) قيل البعيد الشهر فما فوقه والقريب مادون الشهر كذا فى الجوهرة وقال الكمال الشهر فى مثل الدابة والمملوك قليل شرنبلالية (قوله بعد عشرين سنة) ليس المراد حد البعيد بهذا لانه يختلف باختلاف الاشياء كتغير الاشجار فى سنة والدواب بما دونها لقلة الرعى ونحوه عزمى زاده (قوله وزعم البائع الى قوله فالقول للمشتري) لان الظاهر شاهد له (قوله فالقول للمشتري مع يمينه) لانه أمر حادث والمشتري ينكره (قوله فقبضه وباع) هكذا قيد بالقبض فى الجامع الصغير وكان المصنف استغنى عنه بقوله باع لان مالم يقبض لايصح بيعه ولا هبته نهر (قوله أو وهب وسلم) واهمل المصنف تقييد الهبة بالتسليم لما اشتهر من ان تمامها به وليس البيع والهبة قيدا الا ان اللبس كذلك ولو عاد الثوب اليه بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بقضاء أو الرجوع فى الهبة فهو على خيار الرؤية فيما ذكره السرخسي وعن أبي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه وعليه اعتمد القدوري وصححه قاضيخان وحكى فى المحيط مختلفه فشمس الائمة لحظ البيع والهبة مانعا زال وعلى ماروى عن أبي يوسف لحظه مسقطا والساقط لا يعود وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا و يبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها انتهى عن الفتح (قوله لا بخيار رؤية أوشرط) لان الرد قد تعذر فيما أخرجه عن ملكه ولا يمكنه ان يرد الباقى بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض أو بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لانهما يمنعان تمام الصفقة وفى خيار العيب يملك التفريق بعد القبض وفيه وضع المسئلة زيلعي والله اعلم

وعن ابي يوسف انه يقاد الى ذلك الموضع فاذا صار بحيث لو كان بصيرا رآه فقال رضيت يسقط خياره وقال الحسن بن زياد وهو رواية عن ابي حنيفة ان وكل بصيرا بقبضه فقبضه الوكيل وهو ينظر اليه يسقط الخيار (ومن راى أحد الثوبين فاشتراهما) بصفقة واحدة (ثم راى الثوب الآخر له ردهما ولا يورث) خيار الرؤية (كخيار الشرط) حتى اذا مات المشتري قبل الرؤية بطل خياره ولا ينتقل الى ورثته خلافا للشافعي (ومن اشترى ما رأى) أي قبل البيع (فان تغير) عن الصفة التي رآه (والا) اى وان لم يتغير (لا) خيار له (وان اختلفا فى التغير) فقال المشتري قد تغير وقال البائع لم يتغير (فالقول للبائع) مع يمينه وعلى المشتري البينة وهذا اذا كانت المدة قريبة بحيث انه لا يتغير فى مثل تلك المدة فان بعدت المدة بأن رأى أمة شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير فالقول للمشتري (وللمشتري لو) اختلفا (فى الرؤية) فقال البائع رأيت قبل البيع وقال المشتري ما رأيته قبل البيع فالقول للمشتري مع يمينه (ولو اشترى عدلا) من الثياب ولم يره فقبضه (وباع منه ثوبا أو وهب وسلم) ثم اطلع على عيب فى الباقى فهو بالخيار ان شاء أمسكه وان شاء (رده بعيب لا بخيار رؤية أو شرط)

(باب خيار العيب)

وهو نقص خلا عنه أصل الفطرة السليمة وهو نوعان ظاهري كالعمى والماء في العين وباطني كالسعال وانقطاع الحيض شهرين فصاعدا والاباق ونحوها واعلم ان المراد بالعيب عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض (من وجد بالمبيع عيبا) ينقص الثمن فهو بالخيار ان شاء (أخذه بكل الثمن أو ردّه

قوله الاسير اذا اشترى شيئا ثمة الخ صريحه ان الاسير فاعل الشراء وليس كذلك بل هو مفعوله لان أصل النص في الولوالجية هكذا رجل اشترى الاسير من أهل الحرب وأعطاهم الزيوف جاز لان شراء الاحرار ليس بشراء يجب عليه المال المسمى الخ انظر رد المحتار قبيل البيع الفاسد اه بحراوي

(باب خيار العيب)

من اضافة الشئ الى سببه نهر والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أي صار ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب نوح أفندي (قوله وهو نقص الخ) أي لغة وشرعا ما سيأتي من قول المصنف وما أوجب نقصان الثمن (قوله الفطرة) أي الخلقة وقوله السليمة أي عن الآفات العارضة لها فالحنطة المصابة بهواء منعها تمام بلوغها الادراك حتى صارت رفيعة الحب معيبة كالعفن والبلل والسوس بخلاف ما لو باع حنطة واشار اليها فوجدها المشتري رديئة لم يكن علمها أي الرداءة ليس له خيار الرد بالعيب لان الحنطة تخلق جيدة ورديئة ووسطا شرنبلالية وفيه تأمل حيث كانت الاشارة اليها لا تعرّف ما بها من العيب (تتمة) لا يحل كتمان العيب في مبيع أو ثمن لان الغش حرام الا في مسئلتين الاولى الاسير اذا اشترى شيئا ثمة ودفع الثمن مغشوشا جاز ان كان حرا لا عبدا كذا في الدر المختار عن الاشباه ووجدته أيضا بخط شيخنا والسيد الحموي وما وقع في بعض نسخ النهر من قوله اشترى اسيرا مسلما وجرى عليه بعضهم فتحريف والتقييد بالاسير للاحتراز عن التاجر اذا دخل دارهم بامان حيث لا يجوز له ذلك لانه بالاستئمان عاهدهم ان لا يغدرهم وقوله ان كان حرا لا عبدا لثبوت الملك لهم في العبد بالاستيلاء بخلاف الحر اذ لا يملكونه كما سبق في محله الثانية يجوز اعطاء الزيوف والناقص في الجبايات أي فيما يؤخذ ظلما (تكميل) ينفرد المشتري بالرد بالعيب قبل القبض وبعد القبض لا ينفرد بل يشترط القضاء أو الرضا وفي الاجارة ينفرد المستأجر بالرد بالعيب قبل القبض وبعده حموي عن الخلاصة (قوله ظاهري) هو ما يحس بحاسة البصر حموي (قوله عيب كان عند البائع) فلو اقام البائع بينة انه حدث عند المشتري والمشتري بينة انه كان معيبا عند البائع تقبل بينة المشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار نهر (قوله ولم يره المشتري الخ) ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب زيلعي ولم يكن البائع شرط البراءة منه خاصا وعاما ولم يزل قبل الفسخ كبياض انجلى وحمى زالت نهر (قوله من وجد بالمبيع عيبا) ولو يسيرا در عن الجوهرة بخلاف المهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن عمد فانه يرد بفاحش العيب لا بيسيره واليسير من المهر اذا كان كيليا أو وزنيا يرد به أيضا نهر والمراد بالعيب ما لا يتمكن من ازالته بلا مشقة فخرج احرام الجارية ونجاسة الثوب لتمكنه من تحليلها وغسله وهو مقيد بثوب لا يضره الغسل نهر عن الولوالجية فان نقص به يكون عيبا (قوله ينقص الثمن) بكسر القاف المشددة فعل مضارع من باب التفعيل نوح أفندي (قوله أو ردّه) لان مطلق العقد يقتضي السلامة فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحا فعند فواتها يتخير كفوات الوصف المرغوب المشروط في العقد ولكون السلامة كالمشروطة لا يحل كتمان العيب لقوله عليه السلام من غشنا فليس منا زيلعي ثم اذا اختار الرد وهو مما له حمل ومؤنة فمؤنة الرد على المشتري بحر وفيه ان الموصى له لا يملك الرد بالعيب الا عند عدم الوارث واعلم ان كلام المصنف يفيد انه ليس له امساكه ويرجع بالنقصان لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن الا ان يتعين كما لو كانا حلالين فاحرما أو احدهما ثم وجد به عيبا وفي المحيط وصي أو وكيل أو عبد مأذون شرى شيئا بالف وقيمته ثلاثة آلاف ليس له الرد بالعيب بخلاف خيار الشرط والرؤية أشباه للاضرار بيتيم وموكل ومولى وفي النهر وينبغي الرجوع بالنقصان كوارث شرى من التركة كفنا ووجد به عيبا ولو تبرع بالكفن أجنبي لا يرجع وهذه احدى ست مسائل لا رجوع فيها بالنقصان در عن البزازية وقوله كما لو كانا حلالين فاحرما الخ يعني وكان المبيع صيدا واعلم انه يتصور الرد بالعيب مع عدم الرجوع بالثمن على البائع كما لو باع عبدا وسلمه ثم وكل وكيلا بقبض الثمن فأقر الوكيل بقبضه وهلاكه وجحد الموكل البائع برئ المشتري ولا ضمان

قوله شرى من التركة أي بثمن من تركة الميت اه بحراوي

على الوكيل فان وجد المشتري به عيبا رده ولا يرجع بالثمن على البائع لاقرار الوكيل ولا على الوكيل لانه أمين وليس بعاقد نهر عن القنية وقوله ولا ضمان على الوكيل أي لموكله الذي هو البائع واما ان استحقه مستحق كان ضامنا للمستحق ولا رجوع للوكيل على موكله بما ضمن ان ادعى قبضه ودفعه اليه والموكل يكذبه شيخنا (قوله ماأوجب نقصان الثمن الخ) وان لم تنقص العين ولا المنفعة كالظفر الاسود الصحيح القوي على العمل وكما في جارية تركية لا تعرف لسان الترك نهر عن الفتح (قوله عند التجار) بضم التاء مع التشديد وبكسرها مع التخفيف جمع تاجر زاد في الفتح أو ارباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات نهر ولابد وان يكون عيبا عند الكل فلو قال بعضهم ليس بعيب لم يكن له الرد شرنبلالية عن التتارخانية وفي قوله ولابد وان يكون عيبا عند الكل تأمل مع ماسيأتي عن الزيلعي من انه يكتفي بعدلين منهم بل سيأتي التصريح بأن الواحد يكفي ويجاب بانه ليس المراد من كونه عيبا عند الكل تصريح الجميع بانه عيب بل المراد عدم الاختلاف فقط سواء أخبر الجميع بانه عيب أو البعض فقط على ان الاستخبار من الجميع متعذر (قوله كالاباق) الآبق الهارب من غير ظلم السيد فان كان من ظلمه سمي هاربا فعلى هذا الاباق عيب والهرب ليس بعيب نهر خلافا للعيني حيث فسر الاباق بالهروب فيه نظر الا ان يحمل على التجوز (قوله مطلقا الا اذا أبق من المشتري الى البائع ولم يختف عنده فانه ليس بعيب واختلف في الثور والاحسن انه عيب وليس للمشتري مطالبة البائع بالثمن قبل عوده من الاباق در وقوله الا اذا أبق من المشتري الخ يعني وكانا في قرية واحدة بدليل ما في النهر من انه لو أبق من قرية المشتري الى قرية البائع يكون عيبا (قوله فيما دون السفر) قال في الذخيرة الاباق فيما دون السفر عيب بلا خلاف وهل يشترط الخروج من البلد فيه خلاف جوهرة والاشبه ان يقال ان كانت البلد كبيرة كالقاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها وبيوتها لا يكون عيبا شرنبلالية عن الزيلعي (قوله الى منزل مولاه) أو الى غيره ان لم يعرف منزله أولم يقو على الرجوع اليه زيلعي (قوله والبول في الفراش) فلو وجده يبول ثم تعيب حتى رجع بالنقصان ثم بلغ هل للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ ينبغي ان يسترد استدلالا بمسئلتين احداهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ردها ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم أبانها الزوج كان للبائع ان يسترد النقصان الثانية اشترى عبدا فوجده مريضا له الرد فاذا تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برأ بالمداواة لا يسترد والاسترداد والبلوغ هنا الا بالمداواة بحر عن المعراج واعلم ان رد الامة اذا وجدها ذات زوج يبتني على ما هو المختار من عدم انفساخ النكاح ببيعها (قوله والسرقة) فلو سرق عند المشتري أيضا فقطع رجع بربع الثمن لقطعه بالسرقتين جميعا ولو رضي البائع بأخذه يرجع بثلاثة أرباع ثمنه درعن العيني وشرط رضا البائع بأخذه لان قطعه في يد المشتري بسرقته عند البائع مانع من رده ولا فرق في السرقة بين الصغري والكبري أوجبت قطعا أولا كالطرار والنباش واسباب السرقة كالسرقة كما لو نقب البيت (قوله في الصغر) الاولى حذفه لايهامه ماليس مرادا ولانه يستغني عنه بما سيأتي من قوله وهذا عيب في الصغير مالم يبلغ (قوله اذا بلغ قدر الدرهم) المذهب انه يرد بسرقة ما دون الدرهم بحر عن المعراج متعقبا لما في الزيلعي وغيره كالعيني والدرر من ان سرقة الفلس والفلسين لا تكون عيبا (قوله اما اذا سرق المأكول للاكل) يعني من المولى فلو من غيره يكون عيبا بناية وبحر ونهر (قوله فليس بعيب) قال في النهر وينبغي انه لو سرق من المولى زيادة على ما يأكله عرفا ان يكون عيبا (قوله ولو سرق للبيع) أو للادخار أو للاهداء بحر (قوله اذا ظهرت هذه العيوب الخ) حاصله انها في الصغر لقصور عقل وضعف مثانة عيب وفي الكبر سوء اختيار وداء باطن عيب آخر فعند اتحاد الحالة بأن يثبت اباقه عند بائعه ثم مشتريه كلاهما في صغره أو كبره له الرد لاتحاد الحالة وعند الاختلاف لا لكونه عيبا آخر كعبد حم عند بائعه ثم حم عند مشتريه ان من نوعه له رده والا لا درعن العيني (قوله ثم حدثت

وماأوجب نقصان الثمن عند التجار
عيب كالاباق) مطلقا سواء كان
الفرار من المولى أو ممن في يده باجارة
أو اعارة أو وديعة وان كان فيما دون
السفر اما اذا غصبه رجل فأبق منه
الى منزل مولاه فليس بعيب (والبول
في الفراش والسرقة) في الصغر اذا
بلغ قدر الدرهم اما اذا سرق المأكول
للاكل فليس بعيب فلو سرق للبيع
فهو عيب مطلقا سواء سرق من المولى
او غيره وهذا عيب في الصغير مالم يبلغ
فاما اذا بلغ فليس ذلك الماضي بعيب
حتى يعاوده بعد البلوغ في يد البائع
ثم يبيعه فيعاوده في يد المشتري ومعنى
هذا انه اذا ظهرت هذه العيوب عند
البائع في صغره ثم حدثت عند
المشتري في صغره فهو عيب واذا وجدت
هذه الاشياء في صغره فباعه فوجدت
عند المشتري بعد البلوغ لم يرده وان
وجدت هذه الاشياء بعد البلوغ عند
البائع ثم وجدت عند المشتري يرده
والمراد من الصغير المذكور من يعقل
ذكرا كان أو أنثى وهو الذي يأكل
وحده ويشرب وحده واما الذي
لا يعقل فهو ضال لا آبق

عند المشترى فى صغره) ذكر الزيلعى فى نواقض الوضوء فى شرح قول المصنف والسبب يجمع متفرقه ان العبد المبيع لو مرض فى يد المشترى بالسبب الذى كان فى يد البائع يرده ويجعل الثانى عين الاول انتهى (قوله وهو ابن خمس سنين) راجع لمن يعقل شيخنا ثم رأيت التصريح به فى الدر عن الجوهرة حيث قال بعد قول المصنف وكلها تختلف صغرا أى مع التمييز وقدروه بخمس سنين (قوله والجنون) وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع فى صغره وعاوده عند المشترى بعد الكبر يرده لانه عين ذلك الاول زيلعى والجنون اختلال القوة التى بها ادراك الكليات تلويح وبه عرف تعريف العقل انه القوة المذكورة ومعدنه القلب وشعاعه فى الدماغ در عن الدرر (قوله فله ان يرده) وان لم يجن عند المشترى لان آثاره لا ترتفع نهر واليه مال شمس الائمة الحلوانى وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى عناية (قوله والجمهور على انه لا يرده ما لم يعاوده عند المشترى) وهو المذكور فى الاصل والجامع الكبير عناية والاصل ان المعاودة عند المشترى بعد الوجود عند البائع شرط للرد الا فى مسائل الاولى زنى الجارية والثانية التولد من الزنى والثالثة ولادة الجارية عند البائع أو غيره فانها عيب ترد به على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشترى لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذى حصل بها لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفى رواية كتاب البيوع لا ترد بحر عن الفتح لكن فى الدر عن البزازية الولادة ليست بعيب الا ان توجب نقصانا وعليه الفتوى واعتمده فى النهر واعلم ان ما سبق من ان الولادة عيب وان لم تلد ثانيا ليس المراد ما يوهم الرد بعد ولادتها عند المشترى لامتناعه بتعيبها عنده بالولادة ثانيا مع العيب السابق بها شرنبلالية فيرجع بالنقصان (قوله وهو الصحيح) لان الله تعالى قادر على ازالته بآثاره نهر (قوله المطبق) بفتح الباء بحر وماذكره باكير من انه بالكسر غلط شيخنا عن الدنوشرى (قوله والبخر) بالخاء المعجمة واما البجر بالجيم وهو انتفاخ تحت السرة فعيب فى الغلام والجارية شيخنا عن الشمنى قال وبقى نتن ريح الانف صرح فى البزازية بأنه عيب والظاهر ان يقال فيه ذفر بالمعجمة ونتن ريح الابط بهما نهر وعبارة القاموس تفيد ان البخر أعم من نتن ريح الفم والانف والابط نوح أفندى واعلم ان البخر الذى هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون بقلح فى الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها شرنبلالية عن الكمال قال شيخنا والقلح بالتحريك تباعد ما بين الاسنان (قوله والزنى) قدمنا عدم اشتراط المعاودة فيه واللواطة بالجارية عيب مطلقا وكذا الغلام ان كان مجانا لانه دليل الابنة وان بأجر فلا نهر عن القنية قال وفيها اشترى حمارا تعلوه الحمر ان طاوع فعيب والا لا واما التخنث بلين صوت وتكسر مشى فان كثر رد والا ان قل در عن البزازية وعدم الختان عيب فى الجارية والغلام ان كانا كبيرين مولدين اما لو كانا صغيرين أو جليبين فليس بعيب شيخنا عن الاختيار (قوله وولده) أى وكون المبيع ولد الزنى فحذف المضاف والمضاف اليه وبه اندفع كون التعبير بالمتولد كما فى الاصلاح أولى نهر وأقول كون الكلام صحيحا دون تقدير شئ فضلا عن تقدير مضاف ومضاف اليه أولى مما يحتاج الى ذلك اذ الاصل عدم الحذف والتقدير حموى (قوله فى الامة) لانه قد يراد منها الاستفراش وهذه المعانى تمنع منه بخلاف الغلام لانه للاستخدام نهر قلت اذا كانت متولدة من الزنى لا يظهر اخلال بهذا المقصود وحينئذ فما وجه كونه عيبا حموى وأقول وجه كونه عيبا ان المقصود الاصلى منها الاستيلاد والولد يعير بالام التى هى ولد الزنى عزمى زاده عن معراج الدراية (قوله ليسا بعيب فى الغلام) ولو أمرد فى الاصح در عن الخلاصة وفيه مخالفة لما فى حاشية الدرر لنوح افندى ونصه وجعل صاحب الخلاصة البخر فى الغلام الامرد عيبا ومثله فى حاشية الوانى (تتمة) المسلم الفاسق اذا اشترى الامرد وكان من عادته اتباع المرد يجبر على بيعه دفعا للفساد شيخ شاهين عن المحيط (قوله الا ان يكونا فاحشين) بحيث يمنع القرب من المولى (قوله الا ان يكون عادة له) بأن تكرر منه أكثر من مرتين زيلعى (قوله بفتحتين) أى على الباء والخاء المعجمة من حد تعب وقوله وبالسكون النتن فى البرهان يقال شممت دفر الشئ بسكون الفاء

وهو ابن خمس سنين كذا فى الذخيرة (والجنون) يعنى اذا جن عند البائع ثم جن فى يد المشترى فهو عيب وقيل اذا اشترى عبدا وقد جن عند البائع فله ان يرده وان لم يجن عند المشترى والجمهور على انه لا يرده ما لم يعاوده عند المشترى وهو الصحيح ثم تكلم المشايخ فى قدره قال بعضهم أقله ساعة وقال بعضهم ان كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب وقال بعضهم المطبق عيب وغيره ليس بعيب وخير الامور أوساطها كذا فى الذخيرة (والبخر والذفر والزنى وولده فى الامة) متعلق بالاربعة المذكورة والبخر والدفر ليسا بعيب فى الغلام الا ان يكونا فاحشين والزنى ليس بعيب فى الغلام الا ان يكون عادة له وقال الشافعى الزنى عيب مطلقا والبخر بفتحتين نتن رائحة الفم والدفر بالدال المهملة مصدر دفر اذا خبثت رائحته وبالسكون النتن اسم منه واما الذفر بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير وهو حدة الرائحة أيا ما كانت ومنه مسك أذفر وابط ذفراء ورجل ذفر به ذفر أى صنان وهو رائحة مكروهة فى الابط

وفتحها والدال المهملة نتن ريح الابط كذا فى الشرنبلالية وفيه مخالفة لما سبق من انه فى ريح الابط يقال بهما أى بالمهملة والمعجمة (قوله وهو مراد الفقهاء) فيه نظر اذ لا يشترط فى كونه عيبا شدته فالاولى كونه بالمهملة نهر (قوله والكفر بأقسامه) وكذا الرفض والاعتزال در عن البحر بحثا والتعليل بأن طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر يقتضى ان المشترى لو كان ذميا لا يرده والمنقول فى السراج انه عيب ولو كان ذميا ولم أره فى كلام غيره كيف ولا نفع للذمى بالمسلم لانه يجبر على اخراجه عن ملكه نهر ومعنى قوله كيف الخ استبعاد كون الكفر عيبا بالنسبة الى الذمى دون الاسلام مع كونه لا ينتفع بالمسلم يعنى فان كان الكفر عيبا فليكن الاسلام كذلك بالنسبة للذمى بالطريق الاولى حموى وأقول عدم تمكينه من ابقاء المسلم فى ملكه لا يقتضى جعل الاسلام عيبا بالنسبة له حتى اذا اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يملك رده كما سيأتى التصريح به وان كان يجبر على بيعه وحينئذ فلا وجه للاستبعاد قال فى البحر ولم أر ما لو وجده خارجا عن مذهب أهل السنة كالمعتزلى والرافضى وينبغى ان يكون كالكافر لان السنى ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضى وتعقبه فى النهر بأن الرافضى الذى يسب الشيخين داخل فى الكافر وأجاب الحموى بأنه لم يرد بالرافضى الذى يسب الشيخين بقرينة قوله خارجا عن مذهب أهل السنة فان الذى يسب الشيخين يقال فيه كافر لا خارج عن مذهب أهل السنة بل أراد به الرافضى الذى يحب عليا ويفضله على غيره ويؤيده قرانه بالمعتزلى وحينئذ فبحث صاحب البحر متجه انتهى وأقول الظاهر من كلام صاحب البحر انه أراد الرافضى بسب الشيخين بقرينة قوله وربما قتله الرافضى لان الرافضة يستحلون قتلنا (قوله ليس له ان يرده) لانه زوال العيب زيلعى وفى الشرنبلالية عن خط المقدسى معزيا الشرح المجمع والسراج ما نصه اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده ولو كان المشترى كافرا انتهى فان قلت كيف لا يرده مع انه لا يمكن من ابقائه فى ملكه قلت انما لا يملك رده لئلا يتضرر البائع برده عليه لانه لا موجب للرد لعدم العيب فلا ينافى انه يجبر على بيعه صونا للمسلم عن ذل الكافر (قوله وعدم الحيض) لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ولهذا لا تسمع دعواه انقطاعه الا اذا ذكر سببه من داء أو حبل لانه اذا كان السبب غير الداء والحبل لا يكون عيبا بان كانت ممتدة الطهر زيلعى لكن ذكر فى النهر عن المحيط ان اشتراط ذكر السبب رواية النوادر ولو ادعاه فى مدة قصيرة لم تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبى يوسف وأربعة اشهر وعشرة عند محمد زيلعى ويخالفه ما فى النهر عن الفتح معزيا للقاضى الامام حيث قال وادناه شهر فاذا ارتفع عند المشترى كان له الرد اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وابتداؤها من وقت الشراء والمرجع فى الحبل قول النساء وفى الداء قول الاطباء اى عدلين منهم كذا فى الزيلعى لكن نقل العينى عن النسفى فى شرح الجامع الكبير ان العيب يثبت بقول عدل منهم فيما لا يطلع عليه الا الاطباء وفيما لا يطلع عليه الا النساء يثبت بقول واحدة عدلة انتهى (قوله فى البالغة) اى التى بلغت اقصى ما ينتهى اليه ابتداء الحيض كما سيأتى قريبا حموى والحاصل ان عدم الحيض لا يكون عيبا عند عدم الامكان لكونها صغيرة او آيسة اذا كان عالما باياسها اما اذا اشتراها على انها تحيض فاذا هى آيسة له الرد (قوله وانما يعرف هذا بقول الامة) اسم الاشارة عائد الى انقطاع الحيض لان الاستحاضة درور الدم يقف عليه الرجال فلا يقبل فيه قولها شيخنا والحاصل انه بقول الامة تتوجه الخصومة الى البائع فاذا عين المشترى الحبل رجع الى قول النساء أو الداء رجع الى قول الاطباء (تتمة) اشترى جارية على انها حامل فاذا هى ليست بحامل لزم البيع فى الصحيح لان شرط الحبل بمنزلة شرط البراءة عن العيب لان الحبل فى الجوارى عيب حتى لو كان فى بلد يرغبون فى شراء الجوارى لاجل الاولاد يكون فاسدا كذا فى الخانية وكأنه يحترز بالصحيح عما ذكره قبل من التفصيل حيث قال ان كان الشرط من قبل البائع لزم البيع لانه يكون بمنزلة البراءة عن العيب وان كان من قبل المشترى فسد لان قصده الزيادة وانها موهومة فيفسد البيع كما لو شرط الحبل فى البهائم (قوله ثم يستحلف البائع) أى على انقطاع الحيض

وهو مراد الفقهاء فى قولهم والبخر والذفر عيب كذا فى المغرب (والكفر) مطلقا أى فى الغلام والجارية فلو اشترى عبدا على انه كافر فوجده مسلما ليس له ان يرده خلافا للشافعى (وعدم الحيض) فى البالغة (والاستحاضة) بالجر على انه عطف على الاباق ويعتبر فى ذلك أقصى ما ينتهى اليه ابتداء الحيض وذا سبع عشرة سنة عند أبى حنيفة لان ذا أقصى غاية بلوغهن وانما يعرف هذا بقول الامة ثم يستحلف البائع مع هذا ان كان بعد القبض فترد بنكوله وان كان قبل القبض فكذا الثانى فى الصحيح

وارتفاعه انه لم يكن عنده شيخنا وجملة الامر فيه انه اذا ادّعى انقطاعه سأل القاضى البائع فان أقر بما ادّعاه ردت عليه وان أنكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع لا يحلف عند الامام وان أقر بقيامه فى الحال وأنكر انه كان عنده يحلف فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان أقام المشترى البينة على ان الانقطاع كان عند البائع لا تقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه بخلاف الاستحاضة لان درور الدم يطلع عليه عينى وفى البدائع الاستحاضة مما لا يطلع عليه الا الجارية المشتراة كالانقطاع شرنبلالية عن المقدسى (قوله وعن محمد الخ) مثله فى الشمنى والذى فى الزيلعى والعينى وعن أبى يوسف الخ (قوله بلا يمين البائع قبله) لضعف البيع قبل القبض حتى ملك المشترى الرد بلا قضاء ولا رضا فصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة زيلعى (قوله لا يقبل قول الامة فى ذلك) أى فى عدم الحيض وحينئذ فطريق اثبات عدم الحيض اقرار البائع أو نكوله عن اليمين حموى عن العمادية وله رد المبيعة بعيب الحبل لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب يثبت مع الشبهة زيلعى قبيل العنين (قوله والسعال القديم) الظاهر ان المراد من كونه قديما ما كان عن داء فالمنظور اليه كونه عن داء لا القدم بحر (قوله والدين) لان ماليته تكون مشغولة به ولتقدم الغرماء على المولى زيلعى وهذا التعليل يقتضى تقييد الدين بما اذا كان الثمن لا يفى به فان كان لم يكن عيبا حينئذ (قوله فى الحال) أراد ما قبل العتق كدين النفقة اذا تزوج باذن السيد ولا يباع مرة بعد أخرى الا فى دين النفقة فقط (قوله لا دين مؤجل الى ما بعد العتق) كدين لزمه بالمبايعة بغير اذن قال فى الفتح وبعد العتق قد يضره فى نقصان ولائه وميراثه نهر وقوله فى نقصان ولائه بالنسبة لما اذا كان الوارث له عصبة المعتق وقوله وميراثه بالنسبة لما اذا كان الوارث هو المولى ووجه نقصان الولاء والارث ان الغرماء يقدمون على المولى وعصبته (قوله والصهوبة الخ) يعنى فى التركية والهندية لا فى الرومية والصقالبة لان عامة أهل الروم تكون كذلك حموى عن الخانية (قوله فلو حدث عيب آخر) بفعله أو بفعل أجنبى أو بآفة سماوية نهر عن جامع الفصولين ولو بفعل البائع بعد القبض رجع بحصته فى الثمن ووجب الارش وأما قبله فله أخذه أورده بكل الثمن در (قوله كان عند البائع) فلو اقام بينة انه حدث عند المشترى والمشترى بينة انه كان معيبا عند البائع تقبل بينة المشترى لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار نهر عن قاضيخان (قوله رجع بنقصانه) لانه استحق تسليمه سليما عن العيب فيصير البائع مانعا تسليم وصف السلامة حكما وبعد الرجوع لو زال الحادث كان له رد المعيب مع النقصان وقيل لا وقيل ان كان بدل النقصان قائما رد والا لا فيه قال فى النهر والاول بالقواعد أليق ويستثنى من الرجوع مسائل منها لو باعه تولية والمسئلة بحالها فلا رجوع ولا رد لانه لو رجع صار الثمن الثانى انقص من الاول وقضية التولية ان يكون كالاول ومنها ما لو اشترى المكاتب اباه أو ابنه ثم اطلع على عيب لا يرده لانه تكاتب عليه ولا يرجع بالنقصان لانه خلف عن الرد (قوله أو رده) أى فيما اذا ملك البائع اسقاط حقه منه وتملكه واما اذا امتنع لحق الشرع كان كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشترى ثم اطلع على عيب فأراد المالك أخذه لا يمكن منه لما فيه من تمليك الخمر وتملكها شرنبلالية عن الفتح (قوله برضى بائعه) فاذا رضى البائع يخير المشترى حينئذ بين الرد والامساك من غير رجوع بنقصان وانما يرجع بالنقصان حيث لم يرض البائع بالرد وانما اشترط رضاه لرده عليه معيبا بالعيب الحادث لان فى الرد اضرارا بالبائع لكونه خرج عن ملكه سالما عن الحادث عند المشترى (قوله ان يقوم الخ) ولا بد ان يكون المقوم اثنين يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البائع والمشترى وهو الاصل فى كل حرفة نهر عن البزازية وفى المثليات اكتفوا بتقويم الواحد فلينظر وجه الفرق بحر (قوله وبه عيب) يعنى العيب القديم خاصة كانه ليس به غيره شرنبلالية (قوله ولا عيب به) أى يقوم سالما عن كل عيب شرنبلالية (قوله ومن اشترى ثوبا الخ) تبع المصنف القدورى فى افراد هذه المسئلة وكان حذفها أليق لانها من افراد ما مر أعنى ما لو حدث به عيب آخر عند المشترى الا انه جعلها

وعن محمد ترد بلا يمين البائع قبله قالوا فى ظاهر الرواية لا تقبل قول الامة فى ذلك (والسعال القديم والدين) أى الدين الذى له مطالبة فى الحال لا دين مؤجل فانه ليس بعيب كذا فى الذخيرة (والشعر والماء فى العين) والصهوبة وهى حمرة فى الشعر عيب اذا فحشت بحيث تضرب الى البياض وهو اختلاط البياض بالسواد فى الشعر (ولو حدث) وكذا الشمط فى الصغير (ولو حدث) عيب (آخر عند المشترى) واطلع على عيب كان عند البائع (رجع) المشترى (بنقصانه أو رده) أى المبيع (برضا بائعه) وقال مالك يرده ويرد معه نقصان العيب الحادث فى يده وطريق معرفته ان يقوم وبه عيب ويقوم ولا عيب به فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن وهكذا (ومن اشترى ثوبا فقطعه)

توطئة لقوله فلو قطعه نهر أي توطئة لما سيأتي في المتن من قوله فلو قطعه وخاطه وجرى على ذلك بعضهم وفيه ان خياطته غير مانعة من الرجوع بالنقصان كما سيأتي عن الدر ولهذا ذكر العلامة الحموي ان الصواب جعلها توطئة لقوله وان باعه الخ (قوله ولم يخطه) تقييد بعدم الخياطة لا بالنظر للرجوع بالنقصان لان الخياطة لا تمنعه بل بالنظر لقول المصنف فان قبله البائع كذلك الخ حيث لا يكون له ذلك بعد الخياطة لحصول الربا حتى لو تراضيا على الرد لا يقضي القاضي به در عن الدرر وابن الكمال ولو علل بان فيه شبهة الربا لكان أولى لان حرمة الربا بالقدر والجنس وهما مفقودان هنا نوح أفندي وفي هذا المقام كلام يعلم بمراجعة عزمي زاده (قوله فوجد به عيبا) كان عند البائع كما أفهمه التعبير بوجد نهر (قوله رجع بالعيب) بخلاف ما لو نحرها المشتري فوجد امعاءها فاسدة حيث لا يرجع بالنقصان عند الامام لان النحر افساد للمالية لصيرورة المبيع به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع السارق به فاختل معنى قيام المبيع نهر فصار كما اذا كان عبدا أو طعاما فقتله أو أكله زيلعي ولو قبل علمه بالعيب كما سيجيء شيخنا (قوله له ذلك) أي القبول لان الامتناع لحقه وقد أسقطه ولا رجوع بنقصان العيب حينئذ وكانه في النهر ترك التنبيه على ذلك اكتفاء بما سبق والوطء كالقطع بكرا كانت أو ثيبا الا اذا كان لاختبار بكارتها من غير فعل بعده فان له الرد اذا وجدها ثيبا والمس بشهوة كالوطء وقوله في النهر من غير فعل بعده يعني ولم يلبث كما سبق (قوله فان باعه المشتري) أي أخرجه عن ملكه والبيع مثال فعم ما لو وهبه أو أقربه لغيره وكذا لو باع بعضه بخلاف ما لو آجره أو رهنه نهر عن المحيط (قوله لم يرجع بشيء) لانه صار حابساله بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضى البائع فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابساله بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تأثير له عيني والحاصل ان المشتري متى أخرج المبيع عن ملكه كان مفوتا للرد بفعله فلا يرجع بالنقصان الا اذا كان الرد برضا البائع ممتنعا قبله حقا للشرع فيرجع لعدم التفويت ولهذا قلنا اذا اشترى ثوبا وقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بالنقصان لانه صار مملكاله بالقطع قبل الخياطة في وقت لا يمتنع الرد ولو كان الولد كبيرا رجع بالعيب لانه لم يصر مملكاله بالقطع قبل الخياطة الا بقبضه اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع بالنقصان زيلعي وقوله لانه صار مملكاله بالقطع أي صار واهباله وقابضا لاجله فتمت الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير عناية (قوله سواء كان عالما الخ) وسواء كان البيع لضرورة أولا حتى لو وجد السمكة المبيعة معيبة وغاب البائع بحيث لو انتظره تفسد فباعها لم يرجع بشيء على قول أبي حنيفة بحر عن القنية (قوله وهو ظاهر الرواية) تقدم وجهه (قوله وعنهما انه يرجع به) يعني اذا لم يكن له علم بالعيب وقت البيع (قوله او صبغه أحمر الخ) فان صبغه اسود فكذلك عندهما لانه زيادة وعند ابي حنيفة نقصان فيكون للبائع اخذه نهر (قوله اولت) اللت البل وبابه قتل نهر عن المصباح (قوله رجع بنقصانه) لامتناع الرد بالزيادة اذ الفسخ اما ان يرد على الاصل وحده او معها لا سبيل الى الاول لعدم انفكاكها عنه ولا الى الثاني لان العقد لم يرد عليها فكذا الفسخ ولو اخذه لكان ربا فتعين الرجوع بالنقصان نهر (قوله كما لو باعه الخ) لامتناع الرد قبله فلم يصر حابسا للمبيع نهر (قوله كالسمن والجمال) وانجلاء بياض العين (قوله وهي لا تمنع الرد بالعيب) في ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها حابساله زيلعي (قوله تمنع الرد بالعيب) ويرجع بالنقصان لو باعه بعد ذلك لامتناع الرد قبله لحق الشرع فلا يعتبر رضاهما شرنبلالية عن الفتح (قوله وهي تمنع الرد) لتعذر الفسخ عليها فيخير المشتري قبل القبض بين ردهما جميعا والرضا بهما بكل الثمن واما بعد القبض فيرد المعيب خاصة بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته الفا وقيمة الزيادة مائة والثمن الف سقط عشر الثمن ان رده واخذ

ولم يخطه (فوجد به عيبا رجع) المشتري
(بالعيب) أي بنقصان العيب (فان
قبله البائع كذلك) أي مقطوعا (له
ذلك فان باعه المشتري لم يرجع بشيء)
مطلقا سواء كان عالما بالعيب وقت
البيع أولا وهو ظاهر الرواية وعنهما
انه يرجع به (فلو قطعه وخاطه)
المشتري (أو صبغه) أحمر أو أصفر أو
نحوهما مما يزيد قيمة الثوب (أو) اشترى
سويقا و(لت السويق بسمن) أي
خلطه (فاطلع على عيب) كان عند
البائع في الثوب أو السويق ولم يكن
عالما وقت الصبغ واللت (رجع)
المشتري (بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية
العيب) أي لو باع المشتري الثوب
المخيط أو الثوب المصبوغ أو السويق
الملتوت رجع بنقصانه فكذا هنا اعلم
ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة
والمتصلة نوعان متولدة كالسمن
والجمال وهي لا تمنع الرد لان الزيادة
تبع محض باعتبار التولد ومتصلة

تسعمائة كذا في الفتح و جزم في البحر بأنه سهو لانه اذا كان قبل القبض له ردهما و بعده له رد المبيع خاصة فاني تمنع الرد واجاب عنه في النهر فليراجع واعلم ان ماذكره في النهر من الجواب نقله الحموي برمته وأمر بمراجعة الرمز (قوله وغير متولدة كالكسب) والكسب طيب للمشتري لانه متولد من المنافع فليس بمبيع بحال ما ولا يلزم من حصوله للمشتري مجانا أن يكون ربا لانه ليس بجزء للمبيع فلا يملكه بالثمن بل بالضمان وبمثله يطيب الربح زيلعي فظهر الفرق بين الكسب والولد لتولده من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربا (قوله او مات العبد) لانتهاء الملك به وامتناع رده على البائع حكمي لا بفعل المشتري فلا يمتنع الرجوع بالنقصان قال في النهر ولا فرق بين ان يكون بعد رؤية العيب اوقبله (قوله ثم اطلع على العيب) فلو اعتقه بعد العلم بالعيب لم يرجع لان اقدامه على العتق بعد العلم به امارة الرضا زيلعي فما في العيني بعد قول المصنف او اعتقه من قوله بعد اطلاعه على العيب صوابه قبل اطلاعه بدليل قوله بعد والمراد من الاعتاق ان يوجد منه قبل العلم بالعيب (قوله والقياس في الاعتاق انه لا يرجع بالنقصان) وان كان قبل العلم بالعيب لامتناع الرد بفعله فصار كقتله بجامع الاشتراك في افساد المالية ووجه الاستحسان ان الاعتاق انهاء للملك كالموت (قوله لم يرجع بشيء) لانه حبس بدله وليس المراد به قبضه اذ من صوره مالو قال ان أديت الي الفا في شهر كذا فأنت حر نهر (قوله وعن ابي يوسف انه في الاول يرجع) اى في الاعتاق على مال لان العوض والمعوض ملكه فكان كالاعتاق بلا عوض شيخنا قيل الصواب ابدال الاول بالثاني واقول لا وجه لهذا التصويب سوى لزوم التكرار مع ماسبق منه بعد قول المتن فان اعتقه على مال حيث قال وعن أبي حنيفة وهو قول ابي يوسف انه يرجع بنقصان العيب ومثله لا يعد خطأ يحتاج الى التصويب نعم على الشارح مؤاخذة من وجه آخر حيث جعل الرجوع بالنقصان في مسئلة العتق على مال قول ابي يوسف ثم حكاه عنه بلفظ عن ثم اعلم ان وجه الرجوع بالنقصان بعد القتل اذا اطلع على العيب بعده هو انه لم يتعلق به حكم دنيوي فكان كالموت ووجه الظاهر ان القتل لا يكون الا مضمونا وانما سقط عن المولى بسبب الملك وصار كالمستفيد به عوضا هو سلامة نفسه عن القتل ان كان عمدا والدية ان كان خطأ فكأنه باعه حتى لو كان مديونا ضمنه نهر عن الكافي (قوله وعند ابي يوسف ومحمد الخ) لهما انه فعل مايقصد بشرائه ويعتاد فعله فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع وفي الخلاصة الفتوى على قولهما وبه اخذ الطحاوي نهر (قوله واما اذا اكل بعضه ثم علم بالعيب الخ) اشار بثم الى ان الاكل لو كان بعد العلم بالعيب لم يرجع بالاتفاق ومنه يعلم ماوقع للعيني من قوله او كان طعاما فاكله بعد اطلاعه الخ لما علمت من ان الاكل بعد الاطلاع على العيب لا رجوع فيه بالاتفاق فقوله بعد اطلاعه صوابه قبل اطلاعه (قوله فعند ابي حنيفة لا يرد مابقي ولا يرجع الخ) لانه كشيء واحد فلا يرد بعضه دون بعض زيلعي (قوله يرجع بنقصان العيب في الكل الخ) لان الطعام كشيء واحد يتعيب بالتبعيض زيلعي ولو كان في وعاءين فله رد الباقي بحصته من الثمن اتفاقا در عن ابن كمال وابن ملك (قوله ويرجع بنقصان ما اكل) لانه اذا كان اكل الكل غير مانع من الرجوع بالنقصان فبالاولى اكل بعضه (قوله وعنهما ايضا انه يرد مابقي) ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى بحر ونهر وتنوير فان قلت ظاهر كلام الشارح عدم اشتراط رضا البائع لرد الباقي عليه عند أبي يوسف ومحمد على هذه الرواية فيخالف كلام العيني حيث فرق بينهما وجعل رد الباقي مشروطا برضاه عند أبي يوسف وعند محمد يرد مطلقا قلت لا تخالف اذ ماذكره العيني من ان أبا يوسف قال يرد مابقي ان رضي البائع يتجه على ماحكاه الشارح عنهما أولا اذ معنى قوله وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل ولا يرد الباقي أي جبرا فلا ينافي جواز رده عند رضاه وقوله وقال محمد يرد الباقي مطلقا يتجه على ماحكاه الشارح عنهما ثانيا حيث قال وعنهما أيضا الخ والحاصل ان عزو اشتراط الرضا برد الباقي لابي يوسف بالنسبة للرواية الاولى في كلام الشارح وعزو

غير متولدة كالصبغ والخياطة واللت وهي تمنع الرد بالعيب اتفاقا والمنفصلة نوعان متولدة كالولد والثمر وهي تمنع الرد وغير متولدة كالكسب وهي لا تمنع الرد بالعيب (أو مات العبد) عطف على باع أي كما لو مات العبد (أو أعتقه) بلا مال ثم اطلع على العيب رجع بنقصان العيب والقياس في الاعتاق ان لا يرجع بالنقصان وهو قول الشافعي وفي بعض شروح الهداية وهو قول زفر والتدبير والاستيلاد كالاعتاق (فان أعتقه على مال) أو كاتبه ثم اطلع على عيب لم يرجع بشيء وعن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف انه يرجع بنقصان العيب (أو قتله) أو باعه (أو كان) المشتري (طعاما فأكله) كله (أو بعضه) أو باع كله أو بعضه (لم يرجع بشيء) متعلق بالجميع وعن أبي يوسف انه في الاولى يرجع وعند أبي يوسف ومحمد يرجع فيما اذا أكله كله خلافا له واما اذا أكل بعضه ثم علم بالعيب فعند أبي حنيفة لا يرد مابقي ولا يرجع بنقصان ما أكل ومابقي وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل ولا يرد الباقي وعنهما أيضا انه يرد مابقي ويرجع بنقصان ما أكل وفي بيع البعض عنهما روايتان في احدى الروايتين لا يرجع بشيء كما هو مذهب أبي حنيفة وفي الاخرى يرد مابقي ويرجع بنقصان عيب ماباع كما قال زفر (ولو اشترى بيضا أو قثاء أو جوزا)

ردالباقى مطلقا المجد بالنسبة للرواية الثانية فلامنافاة (قوله وفى بيع البعض عنهما روايتان الخ) عبارة الخانية وفى بيع بعضه لا يرجع بنقصان و يرد الباقى بحصته فى رواية عن محمد وبه أخذ الفقيه ابو جعفر الهندوانى وأبو الليث وعليه الفتوى (قوله قثدا) بنظر هو بالمثلثة أو المثناة حموى قال شيخنا بالمثلثة اورده الجوهرى فى فصل القاف مع الثاء بقوله القثد نبت يشبه القثاء وقال قبله القثاء الواحدة قثاة والمقثاة والمقثوة موضع القثاء اه وفى المصباح القثاء فعال وهمزته أصل وكسر القاف أكثر من ضمها وهو اسم جنس لما يقوله الناس الخيار والعجور والفقوس الواحدة قثاة وأرض مقثأة وزان مسبعة ذات قثاء و بعض الناس يطلق القثاء على نوع يشبه الخيار اه (قوله أو بطيخا) بكسر الباء وفتحها غلط اذ لا يقال فعيل بالفتح (قوله فاسدا) جعله فى النهر حالا وفيه ان وجد يتعدى لمفعولين فالداعى الى جعل فاسدا حالا حموى (قوله فان كان ينتفع به مع فساده) لاخفاء ان بعض الفقراء يأكل البيض الفاسد فاندفع قول العينى هذا لا يتصور فى البيض لان قشره لا قيمة له نهر (قوله ولا يرده) لان الكسر عيب حادث عينى (قوله مطلقا) الاطلاق فى مقابلة تفصيل الشافعى حموى (قوله وقال الشافعى يرده الخ) لان البائع سلطه عليه قلنا رضى بكسره فى ملك المشترى لا فى ملك نفسه فيجب رعاية حقهما عينى (قوله اذا كسره) كذا بالضمير فى نسخة شيخنا بخطه فيكون قوله مقدارا الخ بدلا من الضمير (قوله ثم هذا اذا علم العيب بعد الكسر) وذاقه فتركه فان تناول منه شيئا بعدما ذاقه لا يرجع عليه بشئ لانه صار به آكلا للبعض زيلعى (قوله ولو علم قبله فكسر لا يرجع به) لان الكسر بعد العلم بالعيب دلالة الرضا به ومافى الدر من قوله ولو علم بعيبه قبل كسره فله رده معناه علم بعيبه من غير كسر كما فى النهر (قوله بأن وجده غير منتفع به أصلا) بأن كان البيض منتنا والقثاء مرا والجوز خاويا ومافى العينى او مزنخا فيه نظر لانه يأكله الفقراء نهر واقره الحموى واقول ينبغى ان لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان فقط فيما اذا وجد القثاء مرا لان المرهو اللب فقط الا ان يقال ان المالية باعتبار اللب فقط (قوله رجع بكل الثمن) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا عينى (قوله و يصح العقد فى القشر بحصته) لانه مال متقوم فصار محلا للبيع زيلعى (قوله وقيل يرد القشر و يرجع بكل الثمن) لان ماليته باعتبار اللب فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان باطلا وان كان لقشره قيمة زيلعى اما بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر فانه يرجع بنقصان العيب عناية وفتح قال فى النهر وهذا بلا خلاف لان مالية بيض النعام قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا (قوله يصح البيع استحسانا) لانه لا يخلو عن قليل من الفاسد عينى (قوله لا يصح فى الكل) لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد (قوله ثم المراد بالكثير الخ) هو قول السرخسى (قوله وقيل يفسد البيع فى الكل) لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والقن شيخنا (قوله بالاجماع) أى اجماع اصحابنا وفيه ان دعوى الاجماع ممنوعة بعد نقل الخلاف حموى (قوله وصح البيع فى الخمسة الصحيحة عندهما الخ) هو الاصح لان الثمن ينقسم على الاجزاء لا على القيمة نهر عن النهاية (قوله فرد عليه بعيب الخ) فلو رد عليه بخيار رؤية أو شرط رده على بائعه ولو بغير قضاء وكذا فى الصرف له الرد على بائعه بعدما رد عليه مطلقا ولو بغير قضاء نهر (قوله بقضاء) يعنى ولا علم للبائع بالعيب وقت البيع فلو كان يعلمه فرد عليه لا يرده مطلقا وان رد عليه بالقضاء نهر لان اقدامه على البيع بعد العلم به دلالة الرضا واعلم ان قوله بقضاء متعلق بقوله رد بعدما تعلق به قوله بعيب كذا فى الدرر فقوله بعيب متعلق بالرد المطلق وقوله بقضاء متعلق بالرد المقيد وأشار الوانى الى توجيه آخر بأن تحمل الباء من بعيب على السببية ومن بقضاء على الملابسة فاذا لم يكن الحرفان بمعنى واحد اندفع محذور تعلق حرفى جر بمعنى واحد بفعل واحد ولم يوجد فى كلامهم ذلك حتى قالوا ان من فى قولهم أكلت من بستانك من العنب للابتداء فى الاول وللتبعيض فى الثانى لكن ماذكره الوانى من ان من فى الاول للابتداء الخ غير مسموع من طرف غيره اذ المسموع كونها للابتداء فيهما كما فى قوله تعالى كلما

(ووجده أو قثدا أو بطيخا وكسره فاسدا) فان كان (ينتفع به) مع فساده بأن يصلح لاكل بعض الناس او لعلف الدواب (رجع بنقصان العيب) ولا يرده مطلقا وقال الشافعى يرده اذا كسر مقدارا لا بد منه للعلم بالعيب ثم هذا اذا علم العيب بعد الكسر ولو علم قبله فكسر لا يرجع به (والا) أى وان لم يجده فاسدا منتفعا به بأن وجده غير منتفع به أصلا رجع (بكل الثمن) هذا اذا لم يكن لقشره قيمة اما اذا كان لقشره قيمة قيل يرجع بحصة اللب و يصح العقد فى القشر بحصته وقيل يرد القشر و يرجع بكل الثمن ثم هذا اذا وجد الكل فاسدا وان وجد البعض فاسدا وهو قليل صح البيع استحسانا وان كان الفاسد كثيرا لا يصح فى الكل و يرجع بكل الثمن بعد رده ثم المراد من الكثير مازاد على الثلاثة فى قدر المائة لا الكثير الذى هو زائد على النصف وهو الاصح وقال بعضهم الكثير مازاد على النصف حتى لو اشترى مائة بيضة فوجد فيها ثلاثة مذرة لا يكون له ان يرجع بشئ اتفاقا واما اذا اشترى عشرة من الجوز فوجد فيها خمسة خاوية قيل يجوز البيع فى الخمسة الصحيحة بالاتفاق و يرجع بنصف الثمن وقيل يفسد البيع فى الكل بالاجماع وقيل فسد البيع فى الكل عند أبى حنيفة وصح البيع فى الخمسة الصحيحة عندهما بنصف الثمن كذا فى الذخيرة (ولو باع) المشترى (المبيع فرد) المبيع (عليه بعيب بقضاء)

رزقوا منها من ثمرة رزقا قال البيضاوي كما انتصب على الظرف ورزقا بمعنى مرزوقا مفعول برزقوا ومن الاولى والثانية للابتداء واقعتان موقع الحال وصاحب الحال الاولى رزقا وصاحب الحال الثانية ضميره المستكن في الحال انتهى ملخصا (قوله بأن انكر كون العيب عنده الخ) سكت الشارح عما اذا أقر وقضى القاضي باقراره وعبارة الزيلعي ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضي ببينة أو باقرار او بنكول انتهى ومعنى القضاء بالاقرار انه أنكر الاقرار فأثبته بالبينة هداية أو أقر بالعيب ولم ينكر لكن امتنع من قبول المبيع فقضى عليه برده زيلعي أما لو قال بعد الرد عليه لا عيب فيه لا يرده اتفاقا حموي عن الفتح (قوله رده على بائعه) لانه فسخ الا اذا احدث به عيب آخر عنده فيرجع بالنقصان ومعنى الرد عليه ان له أن يخاصمه بذلك لا ان الرد عليه يكون ردا على بائعه بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بقضاء حيث يكون ردا على الموكل لان البيع واحد وفيما نحن فيه بيعان فبفسخ أحدهما لا ينفسخ الآخر والى هذا أشار الشارح بقوله اذا برهن ان العيب كان عند البائع الاول واعلم ان الرد على البائع مقيد بما اذا لم يكن هو الامام أو أمينه حتى لو باع الامام أو أمينه شيئا من الغنيمة ولو في دار الحرب وقولهم لا يصح بيعها قبل القسمة محمول على غير الامام وأمينه فاطلع المشتري على عيب لا يرده على البائع لان تصرفه حكم ولكن ينصب الامام رجلا للخصومة معه ولا يقبل اقراره بالعيب ولا يمين عليه لو أنكر وانما هو خصم لاثباته بالبينة كالاب ووصيه في مال الصغير بخلاف الوكيل فان اقراره مقبول فيه واذا أقر منصوب الامام بالعيب انعزل كالوكيل بالخصومة اذا أقر على موكله في غير مجلس القضاء فانه وان لم يصح لكن ينعزل به ثم اذا رد بالعيب يضم الى الغنيمة ان كان قبل القسمة وان كان بعدها فانه يباع بالثمن فان نقص الثمن أو زاد كان ذلك في بيت المال بحر عن التلخيص وشرحه فما في الدر آخر هذا الباب من قوله باع الامام أو أمينه غنيمة محرزة حتى لو لم تكن محرزة لم يجز بيعها لانها لم تملك الخ غير مسلم لما علمت من أن التقييد بالاحراز وبما بعد القسمة بالنسبة لغير الامام وأمينه (قوله ولو برضا لا) لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا كان الرد بعد القبض وان كان قبله فله أن يرده على بائعه وان كان بالتراضي في غير العقار لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في حق الكل والاظهر في العقار كما في الزيلعي انه يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له ان يرده على بائعه كانه اشتراه بعد ما باعه (تتمة) قولهم بيع المنقول قبل قبضه لا يجوز ليس الحكم قاصرا على البيع ولهذا ذكر السيد الحموي ان المشتري لا يصح تصرفه في المبيع قبل القبض وان ملكه بالعقد انتهى (قوله في الصحيح) لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما بخلاف القاضي لان له ولاية عامة زيلعي (قوله وفي بعض روايات البيوع الخ) للتيقن به عند البائع الاول زيلعي (قوله لم يجبر على دفع الثمن) لاحتمال صدقه عيني ولانه لو اجبر لربما أثبت العيب فيسترده وفيه نقض للقضاء فلا يصار اليه نهر (قوله أي يقيم المشتري البينة على ما ادعاه من وجود العيب عنده) وعلى انه كان عند البائع واذا ثبت انه كان موجودا في الحالين فسخ العقد كما سيصرح به المصنف فاثبات العيب عند احدهما فقط غير كاف للرد (قوله او يحلف) بسكون الحاء نهر وهو غير متعين وما وجد معزوا للمناهي بعضهم من انه احترز به عن فتح الحاء وتشديد اللام اذ يفهم منه ان عدم الجبر مغيا بتحليف المشتري وليس كذلك بل اذا لم يقم المشتري بينته وحلف بائعه يجبر على الدفع حلفه المشتري اولا انتهى فيه نظر من اوجه أما اولا فلانه انما يحلف بطلب المشتري والى ذلك اشار صاحب الدرر حيث قال قبض مشتريه وادعى عيبا لم يجبر على دفع ثمنه بل يبرهن أو يحلف أي المشتري البائع الخ فظهر ان ما اقتصر عليه في النهر احد احتمالين وليس فيه ما ينافي الاحتمال الثاني وهذا أي احتمال العبارة لهما بالنسبة لعبارة الكنز والا فعبارة الدرر نص في الاحتمال الثاني وأما ثانيا فقوله اذ يفهم منه ان عدم الجبر مغيا الخ لا وجه له اذ ليس في كلام المصنف لفظ حتى بخلاف عبارة الهداية حيث

بأن أنكر كون العيب عنده فأثبته بالبينة أو لم يقم البينة فحلفه القاضي فأبى اليمين (رده) المشتري الاول (على بائعه) اذا برهن ان العيب كان عند البائع الاول (ولو) كان الرد عليه (برضا لا) يرده على بائعه والجواب فيما يحدث مثله كالمرض وفيما لا يحدث كالاصبع الزائدة سواء في الصحيح وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرده على بائعه سواء كان الرد بقضاء أو بغيره (ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيبا لم يجبر) المشتري (على دفع الثمن ولكن يبرهن) أي يقيم المشتري البينة على ما ادعاه (أو يحلف بائعه)

قال

قال ادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينته انتهى وأما ثالثا فلان ماذكره لا يصلح ان يكون وجها لاستشكال العبارة على فرض اشتمالها على لفظ حتى الا ترى الى ماذكره عزمى زاده حيث بين وجه الاشكال بان العبارة دالة بظاهرها على جبر المشترى على تسليم الثمن عند اقامة بينته ان العيب كان موجودا عند البائع قال وفساده واضح الخ وأما رابعا فلان جعل عدم الجبر على دفع الثمن مغيا بتحليف المشترى لا اشكال فيه كما توهمه بل هو احد الاجوبة عن الاشكال كما يفصح عن هذا ما نقله نوح افندى عن صدر الشريعة حيث أجاب بان قوله أو يقيم عطف على قوله لم يجبر وليس عطفا على قوله حتى يحلف بائعه لانه حينئذ تكون اقامة البينة غاية لعدم الجبر فان اقامة البينة ينتهى بها عدم الجبر فيلزم الجبر على دفع الثمن عند اقامة البينة على العيب الخ ولفظ يقيم على هذا التوجيه مرفوع كما ذكره عزمى زاده فتعليل صدر الشريعة ماذكر من ان قوله أو يقيم ليس عطفا على قوله حتى يحلف بائعه بانه حينئذ تكون اقامة البينة غاية الخ صريح فى ان الاشكال انما ينشأ من جعل عدم الجبر مغيا باقامة البينة لا من جعله مغيا بتحليف المشترى البائع اذا حلف فانه لا اشكال فيه اصلا وبقى توجيه آخر على تقدير النصب نقله نوح افندى عن صدر الشريعة أيضا وهو ان عدم الجبر كناية عن التوقف والانتظار فيكون المعنى ينتظر فى الحكم حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى البينة الخ (تتمة) ما نقله فى الشرنبلالية عن العلامة المقدسى من ان أو بمعنى الا والتقدير لم يجبر الا ان يحلف على حد قوله * كسرت كعوبها أو تستقيما * يصلح ان يكون جوابا لدفع الاشكال عن كل من عبارة الكنز والهداية اذ هى مشكلة أيضا لكن لا من الوجه الذى استشكل به عبارة الهداية بل من وجه آخر وهو ان قوله ادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بائعه يقتضى بحسب الظاهر انه لا يجبر على دفع الثمن ولو بعد ان استحلف المشترى البائع فحلف وليس كذلك واعلم ان المستثنى منه بالنسبة لعبارة الهداية اذا جعلنا أو بمعنى الا هو الحلف واليه يشير قول العلامة الشرنبلالى والاستثناء مما يليه فيكون تقدير الكلام ادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن الى ان يحلف البائع الا ان يقيم المشترى البينة فينتفى الحلف حينئذ اذ لا يصار الى الحلف مع وجود البينة فيكون عدم الجبر على دفع الثمن مغيا بالحلف فقط فمتى وجد الحلف انتهى عدم الجبر فيجبر واما بالنسبة لعبارة الكنز فالاستثناء من عدم الجبر والتقدير لم يجبر على دفع الثمن وان برهن الا ان يحلف البائع فيجبر (قوله اذا لم يقم البينة) أى على ان العيب كان بالمبيع عند البائع وأما اقامة المشترى البينة على وجود العيب عنده فلابد منها فى الاصح لتحليف البائع ان هذا العيب لم يكن بالمبيع عنده قبل البيع كما سيصرح به المصنف كذا بخط شيخنا والحاصل انه اذا انكر وجود العيب للحال وعجز المشترى عن اثباته لا يحلف على قول الامام وهو الاصح كما سيأتى فى كلام الشارح ووجهه كما ذكره العينى ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كما فى الحدود والاشياء الستة واما على قولهما فيحلف لانه لو اقر به لزمه فاذا حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضى العقد بينهما (قوله يعنى اذا كان شهوده غيبا) اشار الى ان المراد من الشام مطلق الغيبة (قوله لم يلتفت القاضى اليه) الا اذا طلب المهلة ثلاثة ايام فانه يؤجل در (قوله ولكن يحلف البائع ويأمره بنقد الثمن) لان فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فيه كبير ضرر على المشترى لانه على حجته متى اقامها رد عليه المبيع واخذ منه الثمن وان نكل لزم العيب لان النكول حجة فيه بخلاف الحدود عينى (قوله فان ادعى اباقا) حاصله ان كل عيب لا بد فيه من المعاودة عند المشترى لا بد من اثبات وجوده عند المشترى لتقع الخصومة فى قدمه وحدوثه كالبول فى الفراش والسرقة واما ما لا يشترط وجوده عند المشترى كزنى الجارية فانه يحلف عليه ابتداء عند عدم البرهان بحر (قوله لم يحلف) هذا هو القرينة على ان تحليفه فى المسئلتين السابقتين اللتين ذكرهما بقوله ولو قبض

اذا لم يقم البينة (فان قال) المشترى (شهودى بالشام دفع) يعنى اذا كان شهوده غيبا فقال المشترى امهلنى حتى يحضر شهودى لم يلتفت القاضى اليه ولكن يحلف البائع ويأمره بنقد الثمن (ان حلف بائعه) والا (فان ادعى) المشترى (اباقا) بان جاء المشترى بالعبد الى البائع وقال بعتنى آبقا (لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشترى انه أبق عنده) أى عند المشترى (فان برهن) المشترى على انه ابق عنده ثبت العيب فى حق الخصومة ثم

المشتري المبيع وادعى عيبا لم يحدث الخ محمول على ما اذا اقر البائع بوجود العيب للحال لكن انكر قدمه وعجز المشتري عن اثبات قدمه كما في البحر ولولا تصريح المصنف هنا بالمنع من التحليف لامكن ابقاء كلامه على اطلاقه ويكون اختيارا لمذهب الصاحبين فما في النهر من انه لا دليل في كلام المصنف على هذا المحمل ممنوع أو نقول ماسبق من التحليف مفروض في عيب لا يشترط تكراره كالولادة فاذا ادعاه المشتري ولا برهان له حلف بائعه وقوله ولو ادعى اباقا بيان لما يشترط تكرره والا كان الثاني حشوا لكن لو ابدل قوله في النهر كالولادة بزنى الجارية لكان اولى دفعا لما يتوهم من ان وجود الولادة عند المشتري لا يكون مانعا من ردها بعيب ولادتها عند البائع كما سبق التنبيه على ذلك (قوله حتى يبرهن الخ) أو يعترف البائع بقيامه للحال (قوله بالله ما ابق عندك قط) قيل كيف يحلف على البتات مع انه فعل الغير والتحليف فيه انما يكون على العلم وأجيب بانه على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما وقيل محله مالو ادعى انه لا علم له به اما لو ادعى الحالف العلم به كما هنا حلف على البتات وهذا أوجه نهر عن الفتح (قوله أو بالله لقد باعه وسلمه) يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين مع قيامه في أحد الجانبين أي يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا ويقصد قيامه حالة التسليم خاصة وقصده ذلك لا يوجب بره شرعا فان تأوله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى بل هي يمين غموس شرنبلالية عن الفتح وكذا يرد على ماذكره المصنف من الطرف مالو ابق عند غيره كبائع البائع مع انه يرد عليه به وكذا قوله لقد باعه وما به هذا العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فالاحوط التحليف بالله ما ابق قط كما في الدرر لكن فيه ترك النظر للبائع اذ يجوز انه ابق من الغاصب ولم يعلم منزل المولى اولم يقدر على الرجوع اليه وقد مر انه ليس بعيب فالاحوط ماذكره الشارح ثانيا بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي (قوله وان لم يكن للمشتري بينة) أي على قيام العيب عنده (قوله يحلف عندهما) فيحلف مرتين على عدم الاباق عند المشتري وعند البائع (قوله وهو الاصح) تقدم وجهه واعلم ان العيوب انواع خفي كاباق وعلم حكمه وظاهر كعور وصمم واصبع زائدة وناقصة فيقضي بالرد بلا يمين للتيقن به اذا لم يدع الرضا به ومالا يعرفه الا الاطباء كالكبد فيكفي قول عدل ولاثباته عند بائعه عدلين ومالا يعرفه الا النساء كرتق فيكفي قول الواحدة ثم يحلف البائع عيني وذكر نوح افندي الاكتفاء بالواحدة مقيد بالعدلة قلت وبقي خامس مالا يتطرء الرجال والنساء ففي شرح قاضيخان شرى جارية وادعى انها خنثى حلف البائع در واراد بالعور ونحوه مالا يحدث مثله في هذه المدة (قوله منذ بلغ مبلغ الرجال) لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ درر عن الهداية يعني لا يرد بعد البلوغ باباق وجد منه عند البائع في الصغر مطلقا وان عاوده الاباق بعد البلوغ ثم قال في الدرر ينبغي ان يكون الحكم في البول في الفراش والسرقة أيضا كذلك لاشتراكهما في العلة واليه أشار في غاية البيان بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة انتهى (قوله والقول في قدر المقبوض للقابض) أمينا كان أو ضمينا كالغاصب والمودع لانه المنكر وشمل مالو قال المشتري بعد قبض المبيع موزونا وجدته ناقصا الا اذا سبق منه اقرار بقدار معين وتقبل بينة القابض مع قبول قوله لاسقاط اليمين كالمودع يدعي الرد أو الهلاك (تتمة) اختلف في تعيين المبيع ينظر ان رده بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشتري وان بخيار عيب فالقول للبائع در عن الفتح كما لو اختلفا في طول المبيع وعرضه انتهى ويخالفه ما في النهر عن الظهيرية من ان القول للمشتري اذا اختلفا في طول المبيع وعرضه (قوله وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع الخ) ظاهر سياق كلام الشارح ان كلام المصنف غير شامل لهذه الصورة وليس كذلك (قوله اشترى عبدين الخ) أشار به الى ان المبيع لو كان لا ينتفع ببعضه كزوجي خف ومصراعي باب وثورين ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك المشتري رد المعيب وحده وان كان بعد القبض شرنبلالية عن التبيين والفتح (قوله صفقة) أي بشراء واحد بأن لم يكرر لفظه فانها في الشريعة عبارة عن العقد نفسه كما سيذكره الشارح (قوله واحدة)

(حلف) بائعه (بالله ما أبق عندك
قط) أو بالله لقد باعه وسلمه اليه وما
أبق قط أو بالله ماله حق الرد عليك من
الوجه الذي يدعي وان لم يكن للمشتري
بينة وأراد تحليف البائع ما يعلم انه
أبق عند المشتري يحلف عندهما
واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة
فقيل يحلف عنده أيضا وقيل لا يحلف
عنده وهو الاصح واذا كان الدعوى في
اباق الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ
مبلغ الرجال (والقول في قدر المقبوض
للقابض) حتى لو اشترى أمة وتقابضا
فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك
هذه وأخرى معها وقال المشتري بعتني
هذه وحدها فالقول للمشتري وكذا
اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في
مقدار المقبوض فالقول للمشتري (ولو
اشترى عبدين صفقة) واحدة (وقبض
أحدهما

قيد باتحاد الصفقة لانها لو تعددت بان سمى لكل واحد ثمنا كان له رد المعيب نهر قال شيخنا هذا على قول الصاحبين وعنده تعدد الصفقة به وبتعدد لفظة البيع اهـ (قوله ووجد باحدهما عيبا) لو قال فوجد لكان أولى لان الفاء تدل على ان العلم بالعيب حصل بعد القبض وهو المراد بخلاف الواو فانها تصدق بعكسه مع انه ان كان كذلك فقبض المعيب بعد العلم بالعيب لزماه ولو كانا معيبين فقبض أحدهما ردهما جميعا لانه لا يمكن الزامه البيع في المقبوض دون الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ولا اسقاط حقه في غير المقبوض لانه لم يرض به نهر (قوله أخذهما أو ردهما) لان في أخذ السليم تفريقا للصفقة قبل التمام ولو اعتق السليم أو باعه بعد قبضه لزمه الآخر نهر (قوله بغير المقبوض) كذا في بعض النسخ وفي بعضها بعين المقبوض وكلاهما صحيح حموي (قوله رده خاصة) لتمام الصفقة فيه قلنا تمامها تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله نهر (قوله وكذا اذا لم يقبضهما) ولا ينافيه قول المصنف ووجد باحدهما عيبا الا ان المراد من وجدان العيب العلم به ولو بالاخبار (قوله رد المعيب فقط) لان تفريقها بعد التمام جائز شرعا نهر ومعنى قوله رد المعيب أي بحقه من الثمن غير معيب لانه دخل في البيع سليما عن العيب حموي عن البرجندي (قوله وقال زفر له ردهما وليس له ان يرده وحده) لان فيه تفريق الصفقة ولتضرر البائع به لان العادة جرت بضم الجيد الى الردئ فاشبه ما قبل القبض وخيار الشرط والرؤية قلنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة الا ترى انه لو استحق أحدهما بعد القبض لم يتخير في الباقي وان استحق قبله كان له ذلك كيلا تتفرق عليه الصفقة قبل التمام بخلاف خيار الشرط والرؤية لان الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض لعدم تمام الرضا وتضرر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري كذا في المبسوط وغيره وذكر في المختلف ان له ان يفرق قبل القبض اذا وجد باحدهما العيب عند زفر كما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله قال الزيلعي وهذا مشكل وفيه تفاوت كثير فانه اذا امتنع التفريق بعد القبض وقد تم العقد فيه كان قبله أولى لان الصفقة لم تتم انتهى واقول ما ادعاه من التفاوت مسلم وأما ما ادعاه من الاشكال فغير مسلم وما ذكره في وجه الاشكال من انه اذا امتنع التفريق بعد القبض فقبله بالاولى ساقط بمرة لان صاحب المختلف لم يجعل العيب مانعا من التفريق بعد القبض لا قبله حتى يتم الرد عليه بان المنع من التفريق قبل القبض يكون بالاولى وكيف يتوهم ذلك مع تصريحه في المختلف بان العيب لا يمنع تفريق الصفقة مطلقا لا قبل القبض ولا بعده والحاصل ان النقل عن زفر رحمه الله تعالى قد اختلف فالجمهور على ان العيب مانع من التفريق مطلقا قبل القبض وبعده وصاحب المختلف نقل عنه انه لا يمنع مطلقا ومثل هذا لا اشكال فيه فتأمل (قوله رد كله أو أخذه) لان المكيل والموزون اذا كان من جنس واحد كشئ واحد حكما وتقديرا وان كان اشياء حقيقة لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الانضمام والاجتماع اذ الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يجوز بيعها زيلعي (قوله وقيل هذا اذا كان الكل في وعاء واحد) والاظهر الاطلاق شيخنا عن البرهان (قوله لم يخير) اذ لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضى العاقد لا المالك درر وقوله لا المالك يعني المستحق نوح أفندي (قوله لانه قبل القبض يرد المشتري الباقي) لتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام (قوله ولو ثوبا خير) لان التبعيض يضره بخلاف المثلي والاستحقاق ليس بعيب حادث عند المشتري لوجوده وقت البيع وانما تأخر ظهوره وأراد بالثوب القيمي فعم العبد والدار وينبغي ان تكون الارض كذلك نهر (قوله واللبس الخ) كذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى والاستخدام ولو مرة بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية نهر عن الفتح ثم نقل عن البزازية الصحيح ان الاستخدام رضا في المرة الثانية الا اذا كان في نوع آخر وفي الصغرى انه مرة واحدة ليس رضى الا اذا كان على كره من العبد انتهى واسالم يطلع عزمي زاده على ما في المسئلة من الخلاف قال ما قال (قوله والمداواة) أي من عيب لم يبرأ منه اما لو برئ

ووجد بأحدهما عيبا أخذهما أو ردهما) مطلقا سواء وجد بغير المقبوض عيبا أو بالآخر وهو الصحيح وعند أبي يوسف انه اذا وجد بالمقبوض عيبا رده خاصة وكذا اذا لم يقبضهما أخذهما أو نقض بيعهما الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن العقد (ولو قبضهما) ثم وجد بأحدهما عيبا (رد المعيب فقط) وقال زفر له ردهما (ولو) كان المبيع كيليا أو وزنيا من نوع واحد (وجد بعض الكيلي) كالحنطة ونحوها (أو الوزني) كالذهب والسكر ونحوه ذلك (عيبا رد كله أو أخذه) وليس له ان يرد المعيب خاصة مطلقا سواء كان الكل في وعاء واحد أو في أوعية وسواء كان قبل القبض أو بعده وقيل هذا اذا كان الكل في وعاء واحد أما اذا كان في وعائين فهو كعبدين حتى يرد المشتري على البائع الوعاء المعيب دون الآخر (ولو استحق بعضه) أي بعض الكيلي أو الوزني بعد القبض (لم يخير في رد ما بقي) مطلقا سواء كان في وعاء أو وعائين وعن أبي حنيفة يخير وانما قيدنا بقولنا بعد القبض لانه قبل القبض يرد المشتري الباقي (ولو) كان المبيع (ثوبا) فاستحق بعضه (خير) ان شاء أمسك الباقي أورده (واللبس والركوب والمداواة

منه البائع فداواه وبه عيب آخر لا يكون رضى نهر عن الولوالجية (قوله رضى بالعيب) لانه دليل استبقائه وامساكه بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليس فيه دليل اختيار الملك فيه عينى (قوله ثم اطلع على عيب) فلبسه أو ركبها لحاجة لا لينظر الى سيرها ولا الى قدر الثوب نهر (قوله أو لشراء العلف لها) بخلاف شراء العلف لغيرها حيث يكون رضا حموى (قوله محمول على ما اذا كان لا يجد منه بدا) خلاف الاظهر شرنبلالية عن المواهب ونص عبارته الركوب للرد والسقى أو شراء العلف لا يكون رضى مطلقا فى الاظهر اه (فرع) وجد بالدابة عيبا فى السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ويرد بعد انقضاء السفر وهو معذور كمال لكن فى الشرنبلالية عن البزازية لا يتمكن من الرد وذكر وجهه فليراجع (قوله أو لكون العلف فى عدل الخ) اذ لا يستقر عليها وفى عدلين يستقر (قوله ولو قطع المقبوض الخ) ولو مات بسبب القطع عند المشترى رجع بنصف الثمن لان اليد من الآدمى نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه لانها هى المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة فى يد البائع الا ترى انها تحسم ولا تقطع فى البرد الشديد ولا فى الحر الشديد توقيا عن الهلاك فقبض المشترى لا ينتقض فى النصف وان سرى الى النفس زيلعى قيد بالمقبوض اذ لو قطعت يده قبل القبض ينتقض البيع اجماعا نوح أفندى (قوله بسبب) كان عند البائع أو غيره نهر (قوله رده واسترد الثمن) لو زاد قوله أو امسكه ورجع بنصف الثمن لكان اولى لانه مخير بين رده وامساكه فان رده رجع بكل الثمن وان امسكه رجع بنصفه وعندهما يتعين الرجوع بالنقصان (قوله ولم يعلم المشترى به عند البيع ولا عند القبض) التقييد بذلك اتفاقى بالنظر الى قول الامام واما بالنظر الى صاحبيه فاحترازى بناء على ان القطع أو القتل بسبب وجد عند البائع بمنزلة الاستحقاق عند الامام وعندهما بمنزلة العيب والثمرة تظهر فى مواضع منها اذا اشتراه عالما بالسبب لا يكون مانعا من الرجوع عنده لان العلم بالاستحقاق لا يمنعه وعندهما يمنع لان العلم بالعيب رضى وباقى المسائل تعلم بمراجعة الزيلعى واعلم ان العلم بالاستحقاق لا أثر له الا اذا كانت جارية فاولدها عالما بانها ملك الغير فان الولد رقيق لعدم الغرور بحر يعنى اذا اشترى أمة أو تزوجها عالما بانها ملك الغير فالولد رقيق للذى ظهر ملكه فيها واعلم ان الاستحقاق يوجب بطلان البيع والرجوع بجميع الثمن فى قولهم جميعا سواء كان عالما أو جاهلا قبل القبض او بعده عزمى زاده بتصرف (قوله وقالا لا يرده) لان الموجود فى يد البائع سبب القطع وهو لا ينافى المالية فنفذ العقد فيه لكنه تعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب وجد فى يد البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيضاف الوجود الى السبب السابق ولو سرق فى يد البائع ثم فى يد المشترى فقطع بهما يرجع عندهما بالنقصان وعنده لا يرده بدون رضى البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمى نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفى احداهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدى ثم قطع فى يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده لانه بمنزلة الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب عندهما وتظهر الثمرة أيضا فيما اذا اعتقه المشترى ثم قتل أو قطع لا يرجع عنده بشئ وعندهما يرجع بالنقصان (قوله ولكن يرجع بحصة النقصان من الثمن) فيقوم سارقا وغير سارق وحلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين عندهما شرنبلالية (تتمة) اشتراه عالما بالعيب ثم قتل فى يده بذلك السبب ففى كونه يرجع بالثمن عند الامام روايتان فى رواية يرجع وهى أصح وفى الاخرى لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشئ عزمى عن الاتقانى (قوله وعلى هذا الخلاف الخ) فعنده يرجع بكل الثمن وعندهما بفضل ما بين كونه مباح الدم ومعصومه (قوله بسبب وجد فى يد البائع) من قتل نفس أو قطع طريق أو ردة (قوله ولو برئ من كل عيب) بان قال بعتك

رضى بالعيب) أى اذا اشترى ثوبا ودابة ثم اطلع على عيب فلبسه أو ركبها أو داواها فهو رضى بالعيب (لا الركوب للسقى أو للرد أو لشراء العلف) لما أى لا تكون هذه الاشياء رضى استحسانا والجواب فى السقى والرد وشراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها أى لكونها جموحا أو لكونها لاذلولا أو لعجزه عن المشى أو لكون العلف فى عدل واحد حتى لو كان فى عدلين أو أمكنه السقى فى منزله أو قريبا منه من غير ركوب فركب فهو رضى وقيل الركوب للرد لا يكون رضى وان أمكنه الرد بغير ركوب (ولو قطع المقبوض بسبب كان عند البائع رده واسترد الثمن) أى لو اشترى عبدا قد سرق عند البائع ولم يعلم المشترى به عند البيع ولا عند القبض فقطع يده فى يد المشترى بتلك السرقة رده ويسترد الثمن عند أبى حنيفة وقالا لا يرده ولكن يرجع بحصة النقصان من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل العبد بسبب وجد فى يد البائع (ولو برئ) البائع (من كل عيب)

هذا

هذا العبد على أنني برئ من كل عيب ووقع في العيني لفظة فيه وهو سهو ولما سيأتي نهر ووجهه انه لو كان كذلك لم يتناول الحادث بالاجماع (قوله عند البيع) ظرف لبرئ (قوله صح وان لم يسم الكل) لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع صحة البراءة (قوله فيدخل في هذه البراءة العيب الموجود عند العقد والحادث) اما لو شرط البراءة من العيوب الكائنة والتي ستحدث فوجهان اصحهما وبه قطع الاكثرون أنه فاسد حموي عن شرح المجمع واما لو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا لانه خص الموجود وقت العقد بالبراءة زيلعي (قوله وقال محمد الخ) وهو رواية عن أبي يوسف كذا في حاشية نوح افندي ونقل قبل هذا عن قاضيخان ان دخول الحادث في الابراء هو ظاهر مذهبهما أي مذهب الامام وأبي يوسف انتهى بتصرف (قوله لا يدخل الحادث) لان البراءة تتناول الثابت قلنا الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث زيلعي ولو ابرأه عن كل داء فعن الامام هو ما في الباطن وما سواه يسمى مرضا وقال أبو يوسف يتناول الكل نهر (قوله وعند الشافعي لا تصح البراءة الخ) الخلاف بيننا وبينه يبتني على الاختلاف في صحة الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان في الابراء معنى التمليك وتمليك المجهول لا يصح ونحن نقول الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة قال الزيلعي وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مالم يره المشتري وقد جرت بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانقي فقال له أبو حنيفة ارأيت لو باع جارية في موضع المأتى منها عيب أو غلاما في ذكره عيب اكان يجب على البائع ان يري المشتري ذلك الموضع منها ومنه ولم يزل به هكذا حتى افحمه وضحك الخليفة (قوله ويصح البيع) في أحد قولي الشافعي زيلعي (قوله والشرط باطل) أي بالنظر الى العيب الحادث بقرينة ما سبق من قول الشارح وعند محمد وزفر لا يدخل الحادث شيخنا

(باب البيع الفاسد)

أخره لان العقود الفاسدة واجبة الرفع لانه يحرم مباشرتها لكن اذا زال المفسد قبل تقرره يعود العقد الى الجواز وفي النهر عن القاموس فسد كنصر وعقد وكرم فسادا ضد صلح فهو فاسد وفسيد ولم يسمع انفسد (قوله الصحيح ما كان مشروعا بأصله) يحتمل ان يراد بالصحيح الجائز فيقابله غير الجائز وهو الباطل والفاسد والموقوف نهر عن الفتح وجعل في المستصفى الموقوف من قسم الصحيح حيث قال البيع نوعان صحيح وفاسد والصحيح نوعان لازم وغير لازم فالظاهر انه أراد بالصحيح المنعقد فيعم الموقوف وحصر في الخلاصة الموقوف في خمسة عشر وزاد عليها في البحر اثنى عشر وزاد أخوه ثمانية منها مالو بيع المرهون والمستأجر فان اجاز المستأجر البيع نفذ ولا ينزع من يده حتى يصل اليه ماله اذا كانت الاجرة معجلة واذا لم يكن للمشتري علم بكون المبيع مرهونا أو مستأجرا يتخير بين ان ينتظر فراغ مدة الاجارة وقبض المرتهن دينه لان العجز عن التسليم على شرف الزوال أو يرفع الامر الى القاضي ليفسخ البيع وان كان يعلم ذلك لزمه الانتظار حتما عند أبي يوسف وعندهما يتخير أيضا لانهما يعتبران ذلك بمنزلة الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع عند الاستحقاق قال في فصول العمادي وظاهر الرواية قولهما ومن البياعات الموقوفة مالو بيع برقمه اذا لم يكن للمشتري علم به والرقم بسكون القاف علامة يعرف بها مقدار ما وقع به البيع من الثمن شيخنا عن التتارخانية (قوله فالباطل مالا يكون مشروعا بأصله ووصفه) فلا يفيد الملك أصلا لا قبل القبض ولا بعده (قوله والفاسد ما يكون مشروعا بأصله دون وصفه) لا يخفى ما فيه من التكرار مع ما سبق واعلم ان مرادهم من مشروعية أصله كونه مالا متقوما لا جوازه وصحته فان كونه فاسدا يمنع صحته ولقد تسمح في البناية حيث عرفه بانه مالا يصح وصفا فانه يفيد انه يصح أصلا ولا صحة للفاسد وانما

عند البيع (صح وان لم يسم الكل) فيدخل أي كل العيوب (ولا يرد بعيب) في هذه البراءة من العيب الموجود عند العقد والعيب الحادث بعد العقد قبل القبض عندهما وعند محمد وزفر لا يدخل الحادث قوله صح أي صح البيع والشرط عند الثلاثة وعند الشافعي لا تصح البراءة من كل عيب مالم يسم ويصح البيع وعند زفر البيع جائز والشرط باطل

(باب البيع الفاسد)

الصحيح ما كان مشروعا بأصله ووصفه والفاسد مشروع بأصله لا وصفه ثم هذا الباب مشتمل على ثلاثة أنواع باطل وفاسد ومكروه فالباطل مالا يكون مشروعا بأصله ووصفه والفاسد ما يكون مشروعا بأصله دون وصفه والمكروه مشروع بأصله ووصفه

أطلقوا المشروعية نظرا الى انه لو خلا عن الوصف لكان مشروعا والافع اتصافه بالوصف المنهي عنه لا يبقى مشروعا أصلا بحر ومنه يعلم الجواب عما يقال حيث كان الفاسد مشروعا بأصله كان ينبغي ان لا يتوقف ثبوت الملك على القبض و يستغنى حينئذ عما ذكره في التحقيق حيث أجاب بان السبب لما ضعف لصفة الفساد لم ينهض سببا الا ان يتأيد بالقبض كالهبة والتبرعات فلم يثبت الملك قبل القبض لقصور السبب اه (قوله لكن جاوره شيء آخر منهي عنه) كالبيع عند اذان الجمعة نهي عنه للصلاة (قوله بهذا التفسير) يفهم منه انه بتفسير غير هذا التفسير لا يكونان متباينين بل يكون الفاسد اعم لما انه غير المشروع بوصفه بل باصله والباطل غير المشروع بواحد منهما فكل باطل فاسد ولا عكس اذ غير المشروع بواحد منهما غير مشروع بوصفه ورده في الفتح بان الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والاصول انهما متباينان لانهم جعلوا حكم الفاسد انه يفيد الملك بالقبض بخلاف الباطل واعطاء حكم لاحدهما ينافي الآخر يوجب تباينهما وأيضا المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا ان يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص في العرف ولكن نجعله مجازا عرفيا في الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولهذا ادخل بعضهم المكروه في الفاسد لشموله لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور انتهى وحاصله انه لو كان بينهما جهة عموم لتصادقا لكنهما لم يتصادقا بوجه واراد بجعله مجازا عرفيا في الاعم ان يراد بالفاسد الممنوع لا الفاسد المقابل للباطل و بهذا يشمل المكروه حموي ونهر (قوله ينافي تعريف الآخر) الاولى يضاد الآخر حموي لان المتنافيين قد يجتمعان كالسواد والقيام أو كالبياض مع الحركة فانهما امران وجوديان مختلفان في الحقيقة لكن ليس بينهما غاية الخلاف التي هي التنافي لصحة اجتماعهما اذ يمكن ان يكون المحل الواحد متحركا ابيض وأنواع المنافاة على ما تقرر في علم المنطق أربعة تنافي النقيضين وتنافي العدم والملكة وتنافي الضدين وتنافي المتضايفين وباقي الكلام مع التمثيل لكل يطلب من شرح السنوسية للمصنف (قوله ثم لقب الباب بالفاسد) أي سماه به حموي (قوله دون الباطل والمكروه) يعني مع اشتمال الباب عليهما حموي (قوله لان الفاسد وصف الخ) وقيل لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه نهر عن العناية وكان الظاهر ان يقال لان الفساد وصف حموي (قوله فهم فوات الوصف للكل) لانه يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه (قوله كالحركة الخ) فيه نظر فان الحركة يصح حملها على الحيوان والنبات والفاسد لا يصح حمله على الباطل والمكروه حموي وفيه نظر لان عدم صحة الحمل بالنظر للقيود المعتبرة في كل من الفاسد والباطل والمكروه وليس الكلام فيه واما مع قطع النظر عن القيود واعتبار ما وجد فيه الاشتراك وهو عدم المشروعية مطلقا اعم من ان يكون عدمها من حيث الاصل والوصف أو الوصف فقط أو من حيث فوات وصف الكمال فلا شك في صحة حمل الفاسد على الباطل والمكروه (قوله ثم الضابط الخ) قال في الدر كل ما أورث خللا في ركن البيع فهو مبطل وما أورثه في غيره فهو مفسد (قوله سواء كان مبيعا أو ثمنا) أي أحد العوضين (قوله فبيع الميتة) يعني التي ماتت حتف انفها اما غيرها مثل الموقوذة فـال عند أهل الذمة كالخمر زيلعي واراد بالميتة غير السمك والجراد (قوله والدم) أي المسفوح فخرج بيع كبد وطحال در (قوله والحر) وكذا البول وصيد البر في حق المحرم (قوله وان كان في بعض الاديان الى قوله ان امكن اعتباره) الضمير المستتر في كان والبارز في اعتباره كلاهما يعود على احد العوضين (قوله ان امكن اعتباره ثمنا) بان قوبل بعين سواء دخلت الباء عليه أو عليها نهر (قوله فالبيع فاسد) فيما قابله حتى يملك ويضمن بالقبض وباطل في حق نفسه حتى لا يملك ولا يضمن بالقبض زيلعي وقولهم الفاسد يملك بالقبض أي اذا كان بأمر البائع كما سيأتي التصريح به في المتن من الفصل الذي عقده لبيان احكام البيوع الفاسدة (قوله وان تعين كونه مبيعا) بان قوبل بدين كدراهم ودنانير ومكيل وموزون در (قوله فالبيع باطل) والفرق ان الخمر مال عند

اهل

لكن جاوره شيء آخر منهي عنه فالباطل والفاسد بهذا التفسير متباينان اذ في تعريف كل واحد قيد ينافي تعريف الآخر ثم لقب الباب بالفاسد دون الباطل والمكروه لان الفاسد وصف شامل كالعرض العام لما قلنا ان الباطل فائت الاصل والوصف والفاسد فائت الوصف لا الاصل والمكروه فائت وصف الكمال فهم فوات الوصف للكل كالحركة بالنسبة الى الحيوان والنبات ثم الضابط في تمييز الفاسد من الباطل ان احد العوضين اذا لم يكن مالا في دين سماوي فالبيع باطل سواء كان مبيعا أو ثمنا فبيع الميتة والدم والحر باطل وكذا البيع به وان كان في بعض الاديان مالا دون البعض ان أمكن اعتباره ثمنا فالبيع فاسد فبيع العبد بالخمر أو الخمر بالعبد فاسد وان تعين كونه مبيعا فالبيع باطل فبيع الخمر بالدراهم أو الدراهم بالخمر باطل

أهل الذمة أمر باها نتها فى شرعنا وفى تملكها مقصودة بجعلها مبيعا اعزازها بخلاف جعلها ثمنا لان الثمن تبع والاصل هو المبيع زيلعى (قوله لم يجز بيع الميتة الخ) عبر بعدم الجواز ليعم ما عقد الباب له من الباطل والفاسد (قوله والخمر) اما بيع غيرها من بقية الاشربة المحرمة يجوز عند الامام خلافا لهما نهر عن البدائع وجلود الميتة كالخمر لانها لرغبة الناس فيها صارت مالا من وجه والمختار انها كالميتة لان جلدها جزؤها (قوله للمسلم) سواء كان البائع مسلما أو ذميا ثم لا فرق فى حق المسلم بين التى ماتت حتف انفها أو كانت منخنقة أو موقوذة أو ماتت بالجرح فى غير المذبح اما فى حق الذمى فيراد بها الاول وأما الثانى فاختلف فيه ففى التجنيس جعله من قسم الصحيح لانهم يدينونه ولم يحك خلافا وفى الايضاح هو قول أبى يوسف وعند محمد لا يجوز وجزم فى الذخيرة بفساده والموقوذة هى التى قتلت بالخشب شيخنا ومتروك التسمية عمدا كالذى مات حتف انفه حتى انه يسرى الفساد الى ما ضم اليه قال فى النهر وكان ينبغى ان لا يسرى اليه الفساد لانه مجتهد فيه كالمدبر ينفذ فيه البيع بالقضاء وأجاب فى الكافى بان حرمته منصوص عليها فلا يعتبر خلافه ومن هنا قال البزازى بيع متروك التسمية عمدا من كافر لا يجوز قال الحموى وعلى هذا فتقييد الشارح بالمسلم اتفاقى انتهى وانما لا يمنع الذمى من بيع الخمر لاعتقاده الحل وقد أمرنا بتركهم وما يدينون اعراضا لا تقريرا (قوله وأم الولد الخ) فى عطفهم على الحر ايماء الى بطلان البيع فيهم وعليه جرى فى الهداية حيث قال فى قول القدورى انه فاسد معناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت فى حق أم الولد بقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد فى حق المدبر فى الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة فى حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله نعم لو رضى المكاتب بالبيع جاز فى أظهر الروايتين وتنفسخ الكتابة فى ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضى باسقاطه أما اذا بيع بغير رضاه فاجازه لم يجز رواية واحدة لان اجازته لم تتضمن فسخ الكتابة قبل العقد أى عقد البيع نهر عن السراج وفيه عن الخانية لو بيع بغير رضاه فأجاز بيع مولاه لم يجز فى الصحيح من الرواية وعليه عامة المشايخ واعلم ان صاحب الهداية ذكر آخر الباب لو جمع بين عبد وحر أو مدبر أو مكاتب أو أم ولد ان البيع فيهم موقوف ولهذا ينعقد فى المكاتب برضاه فى الاصح وفى المدبر بقضاء القاضى وكذا فى أم الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف ففى أول الباب جعله باطلا وفى آخره موقوفا وأجاب فى العناية بأنه باطل اذا لم يرض المكاتب ولم يقض القاضى وفى الفتح ان نفاذه فى أم الولد أيضا يعنى اذا قضى القاضى به هو أصح الروايتين وفى البزازية الاظهر عدم النفاذ والاول أولى انتهى أى الاول من كلامى صاحب الهداية أى كون البيع باطلا أولى من كونه موقوفا كذا بخط شيخنا (قوله والمدبر) فى الزيلعى عند قوله وان جمع بين عبد ومدبر ان القاضى لو قضى بجواز بيع المدبر وأم الولد ينفذ وقدمنا عن النهر بالعزو الى البزازية ان الاظهر فيهما عدم النفاذ قال العينى وهذه المسئلة كانت مختلفا فيها فى الصدر الاول وكان عمر لا يجيز بيعها وكان على يجيز بيعها ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعها فاذا قضى القاضى بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك فى موضع الاجماع أو فى موضع الخلاف بناء على ان الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف السابق أم لا فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ولا ينعقد هذا الاجماع وعندنا ينعقد ويرتفع الخلاف السابق وقد استدل صاحب التقويم على هذا بقوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعا ان القاضى اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وفى فصول الاستروشنى وفى قضاء القاضى ببيع ام الولد روايتان أظهرهما انه لا ينفذ وفى قضاء الجامع انه يتوقف على امضاء قاض آخر ان امضاه نفذ وان أبطله بطل وهذا أوجه الاقاويل (قوله والمكاتب) فى الدر عن السراج وولد هؤلاء كهم وبيع مبعض كحر انتهى (قوله لم يضمن المشترى) لان العقد فى الباطل غير معتبر فبقى القبض باذن المالك وقيل يضمن فى المدبر وأم الولد لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبى حنيفة والثانى قولهما وفى الايضاح اذا كان أحد البدلين مدبرا أو مكاتبا أو أم ولد ملك ما يقابله بالقبض وجعل صاحب الهداية

(لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخمر) للمسلم (والحر وأم الولد والمدبر) والمراد به المدبر المطلق وهو ان يقال أنت مدبر أو ان مت فأنت حر دون المدبر المقيد وهو ان يقال ان مت فى هذا المرض فأنت حر فانه يجوز بيعه بالاتفاق وقال الشافعى يجوز بيع المدبر المطلق (و) لم يجز بيع (المكاتب) أى المكاتب الذى لم يرض ببيعه ولو رضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز (فلو هلكوا) أى لو باع هذه الاشياء وهلكوا (عند المشترى لم يضمن) المشترى عند أبى حنيفة

وغيره بيع هؤلاء من الباطل والصواب ماذكره في الايضاح لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل البيع فيما ضم الى واحد منهم وبيع معه ولو كان كالحر لبطل ويؤول ماذكره صاحب الهداية بانه باطل في حق نفسه لا في حق [illegible] الزيلعي قال شيخنا وايضاحه ماقاله في العناية فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع [illegible] القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محلية البيع أصلا لثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم [illegible] والفرق بينهما نير ولهذا جاز بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من أنفسهم ولو قضى القاضي [illegible] اذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا [illegible] بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحر فانه لم يدخل لعدم المحلية [illegible] ابتداء وانه باطل انتهى (قوله وقالا يضمن في المدبر الخ) واختاره السرخسي والاول أي رواية [illegible] الامام عدم الضمان اختارها الطحاوي نهر (قوله وهو رواية عن أبي حنيفة) كذا في الهداية ورده في النهاية بان رواية المعلى عنه انما هي في المدبر وأما أم الولد فاتفقت الرواية أنها لا تضمن بالبيع والغصب لكن في العناية من باب كتابة العبد المشترك في تقوم أم الولد روايتان وعلى هذا فدعوى الاتفاق ممنوعة (قوله فيضمن في أم الولد ثلث قيمتها قنة الخ) لانه فات بالاستيلاد منفعة البيع والسعاية وبقي منفعة الاستخدام والوطء منه وفي المدبر منفعة الاستخدام والسعاية باقية ومنفعة البيع هي الزائلة لكن في النهر عن الصغرى الاصح وعليه الفتوى مااختاره خواهر زاده من انها أي قيمة أم الولد نصف قيمة القن (قوله وفي المدبر الخ) عزاه في النهر الى السغدي قال الحدادي وهو الاصح وعليه الفتوى انتهى ويخالفه في الترجيح ماذكره العيني حيث قال وماقاله خواهر زاده هو الاصح وعليه الفتوى يعني ان قيمة المدبر نصف قيمة القن وعزاه أيضا الى فتاوى الفقيه أبي الليث قائلا وبه يفتى انتهى فتحصل من مجموع كلام العيني والنهر ان الاصح وعليه الفتوى ماذكره خواهر زاده من ان قيمة كل من المدبر وأم الولد على النصف من قيمة القن وأما المكاتب فالظاهر من كلام الزيلعي بل صريحه انه لا يضمن بالاتفاق ألا ترى الى ماذكره في بيان الاستدلال على الحكم المختلف فيه بين الامام وصاحبيه في ان المدبر وأم الولد هل يضمنان بالهلاك عند المشتري أم لا حيث قال وقالا عليه قيمتهما لانهما مقبوضان بجهة البيع وهما مال حقيقة ولهذا [illegible] ماضم اليهما في البيع فيضمنان به ضرورة كسائر الاموال بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان يجب به وله ان شبهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع [illegible] حق أنفسهما بل ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق [illegible] ضم اليه انتهى وكذا في النهر بعد ان ساق كلام العناية ذكر انه ظاهر في ان المكاتب غير مضمون على المشتري اتفاقا انتهى فان قلت كيف هذا مع ماذكره في الذخيرة حيث قال وينبغي ان تكون قيمة [illegible] على النصف من قيمة القن قلت هذا لا يرد لان ظاهر قوله وينبغي انه ذكره تفقها من عنده فكان بحثا مخالفا للمنقول وقول الزيلعي كمال المشتري لا يدخل فيه وحده الخ يعني اذا باع عبدا مع عبد المشتري [illegible] المشتري يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع وهو [illegible] صح نهاية عن التتمة (قوله ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه في الحظيرة) أشار الى ان البيع قبل [illegible] لا [illegible] مطلقا أي لا يصح وان أمكنه الاخذ من غير حيلة لكونه قبل الملك واما بعد الصيد فيجوز [illegible] الاخذ بلا حيلة لانه حينئذ باع مقدور التسليم وله خيار الرؤية بعد التسليم ولا عبرة برؤيته في [illegible] في الماء وخارجه وان لم يمكنه أخذه الا بحيلة لا يجوز بيعه فان سلمه بعد ذلك فكذلك وانبنى [illegible] اذا سلمه بناء على انه باطل او فاسد شرنبلالية عن التبيين والحظيرة كما في البحر عن القاموس [illegible] المحيط بالشئ خشبا وقصبا انتهى وفسرها في العناية بالحوض والبركة انتهى (تتمة)

وقالا يضمن في المدبر وأم الولد قيمتهما وهو رواية عن أبي حنيفة فيضمن في أم الولد ثلث قيمتها قنة وفي المدبر ثلثي قيمته قنا (و) لا يجوز بيع (السمك قبل الصيد) وكذا لو كان في حظيرة لا يستطيع الخروج عنها اذا كان لا يؤخذ الا بالاصطياد ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه في الحظيرة حتى صار مالكا

في جواز

في جواز اجارة البرك لصيد السمك خلاف وما في الايضاح من عدم الجواز أليق نهر (قوله ولو اجتمعت فيها الا باصطياده الخ) لعدم ثبوت الملك (قوله وان سد موضع دخول الماء) أو سد فوهة النهر زيلعي وهي بتشديد الواو واحدة الافواه يقال افواه الازقة والانهار ويقال قعد على فوهة الطريق والجمع افواه على غير قياس ويقال أيضا ان رد الفوهة لشديد أي القالة من فهت بالكلام صحاح (قوله لا يصح البيع عند بعض المشايخ) لان هذا القدر ليس باحرازله (قوله وقيل يصح ان أمكن الخ) اقتصر على هذا التفصيل في النهر وتبعه الحموي وصدر به في البحر والزيلعي أيضا معللا بأنه لما احتبس فيه باحتياله صار آخذا له ثم ذكر مقابله بقيل (قوله اما اذا هيأها ملكها بلا خلاف) كان الاولى ابدال ملكها بقوله جاز بيعه لان الكلام فيما اذا أمكنه الاخذ بغير اصطياد أخذا من سياق كلامه فسقط تنظير السيد الحموي وان جرى عليه بعضهم بأن الكلام في صحة البيع وعدم صحته لا في الملك اذ لا يلزم من الملك صحة البيع بل بعد ثبوت الملك ينظر ان أمكن أخذه بغير حيلة جاز بلا خلاف وان لم يمكن لم يجز بلا خلاف كما يفيده كلام الزيلعي انتهى والحاصل ان التنظير في كلام الشارح بما ذكره غفلة عن التأمل في كلامه لانه مصرح بذلك الا ترى الى ما قدمه من قوله وكذا لو كان في حظيرة لا يستطيع الخروج عنها اذا كان لا يؤخذ الا بالاصطياد وكذا قوله ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه في الحظيرة حتى صار ملكا يفيد ما ذكرا أيضا فهذا هو القرينة على ان المراد من قوله اما اذا هيأها ملكها اما اذا كان بحال يمكنه الاخذ بلا حيلة (قوله والطير) جمع طائر وقد يقع على الواحد والجمع طيور واطيار نهر عن القاموس (قوله في الهواء) هو بالمد الجسم المسخر بين السماء والارض ويقال على الشئ الخالي وبالقصر ميل النفس نحو الشئ ثم استعمل في ميل مذموم نهر (قوله سواء أخذه ثم أرسله أولا) وسواء كان يرجع اليه بعد الارسال أولا في ظاهر الرواية كما في البرهان فما في الدرر تبعا للزيلعي من التقييد خلاف ظاهر الرواية كما في الشرنبلالية وجه عدم الجواز فيما لو كان قبل أخذه بيعه ما ليس في ملكه ووجهه بعد الاخذ والارسال عدم القدرة على التسليم وهل هو باطل أو فاسد قولان والثمرة تظهر فيما لو سلمه بعد ان رجع اليه كما في النهر ولو اجتمع في أرضه الصيد فباعه من غير اخذه لا يجوز لانه لم يملكه ولهذا لو تكنس أو تكسر يكون لمن أخذه لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا عسل فيه النحل حيث يملكه لان العسل قام بأرضه على وجه القرار كالاشجار زيلعي وقوله أو تكسر من قولهم كسر الطائر اذا ضم جناحيه والكانس الظبي يدخل في كناسه وهو موضعه في الشجر يكن فيه ويستتر وقد كنس الظبي يكنس بالكسر وتكنس مثله صحاح (قوله وانما قيد به) أي بقوله في الهواء (قوله ان أمكن أخذه من غير حيلة الخ) هذا أيضا مما يقضي على السيد الحموي بسقوط اعتراضه على الشارح فيما سبق (قوله والحمل) بسكون الميم كما في النهر قال في الشرنبلالية صرح بفساده وفساد بيع النتاج في الاختيار وفي الكنز عطفه على قوله لم يجز بيع الميتة فيحتمل ان يكون باطلا كالميتة وفي البرهان جعل بيع الحمل والنتاج من الباطل انتهى ولو قيل بالفساد في الحمل والبطلان في النتاج لكان له وجه لان الحمل مال في المآل على تقدير وجوده فكان المانع من الصحة عدم القدرة على التسليم بخلاف النتاج لكونه بيع المعدوم والنتاج كما في النهر مصدر نتجت الناقة بضم التاء نتاجا بفتح النون وكسرها اريد به المنتوج (قوله حبل الحبلة) الحبل بفتح الباء الموحدة يطلق ويراد به المصدر ويطلق ويراد به الاسم كما يقال له الحمل أيضا ودخول تاء التأنيث في الحبلة للاشعار بالانوثة وقيل انها للمبالغة كما في سخرة ويحتمل ان يكون جمع حابلة بحر عن البناية وما في النهر من ان الحبل مصدر حبلت الناقة فهي حبلى فسمي به المحمول كما يسمى بالحمل يشير الى ان الحبل مصدر أريد به اسم المفعول (قوله واللبن في الضرع) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما في ضروع الانعام الا بكيل ولان فيه غررا لجواز أن يكون الضرع منتفخا وعلى تقدير وجود اللبن يختلط بمال البائع على وجه لا يقدر على تمييزه والضرع لذات الظلف كالثدي للمرأة يجمع على ضروع كفلس وفلوس نهر ومقتضى قوله كفلس ان الضرع بفتح الضاد

مطلب في حكم اجارة البرك لصيد السمك

ولو اجتمعت فيها الا باصطياده لم يصح بيعها سواء أمكن أخذها أولا وان سد موضع دخول الماء بحال لا يستطيع الخروج عنها لا يصح البيع عند بعض المشايخ وقيل يصح ان أمكن أخذهن بلا اصطياد وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيء الحظيرة للاصطياد (و) لم اما اذا هيأها ملكها بلا خلاف (و) لم يجز بيع (الطير في الهواء) مطلقا سواء أخذه ثم أرسله أولا وانما قيد به لانه لو اصطاده ثم ألقاه في الحظيرة نظر ان أمكن أخذه من غير حيلة جاز والا لا (والحمل والنتاج) والحمل ما في البطن والنتاج ما يحمل هذا الحمل وهو حبل الحبلة وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية (واللبن في الضرع

وقدمنا فى باب الهدى من كتاب الحج عن العناية انه بكسر الضاد واعلم ان كلام المصنف محتمل لان يكون البيع فاسدا اوباطلا لكن فى الدر عن البرجندى انه جزم ببطلانه والغرر هو الجهل بالعاقبة لا يدرى أيكون أم لا زيلعى وذكر عزمى زاده عن الصحاح ان الغرر بفتحتين هو الخطر (قوله واللؤلؤ فى الصدف) لانه لا يعلم وجوده فيه ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر الصدف بخلاف بيع الحبوب فى غلافها فانه جائز لكونها معلومة وكذا تراب الذهب بحر وهو محمول على ما اذا بيع بخلاف جنسه والصدف محركا غشاء الدر ويجمع على اصداف نهر (قوله وقال أبو يوسف يجوز) لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا بحر لكن الفتوى على قول محمد انه لا يجوز شرنبلالية عن الخانية بقى ان يقال قول الشارح وقال أبو يوسف موافق لما فى الشرنبلالية عن الخانية ويخالفه ما فى البحر والنهر والزيلعى والعينى من قولهم وعن أبى يوسف (قوله والصوف الخ) لنهيه عليه السلام وفى السراج لوسلم الصوف واللبن لم ينقلب صحيحا وكذا كل ما اتصاله خلقى بجلد حيوان ونوى تمر وبزر بطيخ لما مر انه معدوم عرفا در (قوله وعن أبى يوسف الخ) أى بشرط جزه فى الحال (قوله يجوز بيع هذا الصوف) لانه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم كما فى الكراث وقوائم الخلاف قلنا التعليل بمقابلة النص مردود وانما أجيز فى الكراث وقوائم الخلاف وكذا قوائم الصفصاف وأوراق التوت بأغصانها للتعامل ذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه زيلعى ودر والخلاف بالتخفيف ككتاب والتشديد من لحن العوام شيخنا (قوله والجذع فى السقف) لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر يلحقه والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع زيلعى (قوله وذراع من ثوب) هذا فى ثوب يضره القطع قال فى البحر وأشار الى عدم جواز بيع حلية من سيف أو فص خاتم أو نصف زرع لم يدرك أو نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه (قوله أو قطع الذراع الخ) لم يذكر الشارح القطع فى جانب الجذع بل ذكر فى جانبه الاخراج لعدم المناسبة بين الجذع والقطع فما فى العينى سبق قلم (قوله انقلب صحيحا) سواء كان معينا أم لا كما فى الفتح وما فى الايضاح ضعيف نهر (قوله وضربة القانص) بالقاف والنون من قنص قنصا من حد ضرب والقنص محركا الصيد فعطفه على الصيد فى قولهم الصيد والقنص عطف تفسيرى شيخنا وبالتسكين مصدر قنصه نهر عن الصحاح وقيل بالغين المعجمة وهو الغواص بأن يقول أغوص لك غوصة فما أخرجته من اللآلى فهو لك بكذا والبيع فيهما باطل لانه مجهول ولان فيه غررا (قوله بضرب الشبكة) اعلم ان الزيلعى فسر ضربة القانص بما يخرج من الصيد بضرب الشبكة أو بغوص الصائد فى الماء وهذا يوهم شمول القانص للغائص وجعل فى السراج القانص صياد البر والغائص صياد البحر والحق ان الصائد بالآلة هو القانص بالقاف أعم من كونه فى البر أو البحر بخلاف الغائص نهر (قوله ولم يجز بيع المزابنة) لنهيه عليه السلام عن المحاقلة والمخاضرة والمزابنة رواه البخارى والمزابنة ما ذكره الشارح والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص زيلعى والمخاضرة بخاء معجمة وصاد مهملة كما فى الصحاح قال العينى والمخاضرة بيع الثمار قبل ان تنتهى قال شيخنا اى قبل ان تصير منتفعا بها ولو لعلف الدواب (قوله بيع الثمر) بالمثلثة نهر (قوله بتمر) بالمثناة نهر (قوله مجدود) أى مقطوع قال فى القاموس الجد صرام النخل كالجداد والجداد وأجد حان ان يجد عزمى زاده وقوله كالجداد والجداد يعنى بكسر الجيم وضمها شيخنا وذكر الزيلعى انه بالمهملتين خاص بالنخل وبالذال المعجمة عام فى قطع الثمار واما الجزاز بزاءين ففى الشرنبلالية انه جز الصوف وأقول نقل شيخنا عن الصحاح ان الجزاز بفتح الجيم وكسرها جز البر والنخل والصوف انتهى (قوله خرصا) أى حزرا وظنا نهر قال شيخنا وضبطه النووى على مسلم بفتح الخاء وكسرها (قوله وقال الشافعى يجوز فيما دون خمسة اوسق) لما روى انه عليه السلام نهى عن المزابنة بيع التمر بالتمر الا لاصحاب العرايا فانه اذن لهم ولنا ما روينا ومعنى العرايا فيما رواه العطايا وتفسيره ان يهب

واللؤلؤ فى الصدف وقال ابو يوسف يجوز بيع اللؤلؤ ويختار اذا رآه (والصوف على ظهر الغنم) وعن أبى يوسف انه يجوز بيع هذا الصوف (و) لم يجز بيع (الجذع فى السقف وذراع من ثوب) مطلقا سواء ذكرا موضع القطع أو لم يذكراه ولو أخرج البائع الجذع أو قطع الذراع من الثوب قبل فسخ المشترى العقد انقلب صحيحا (وضربة القانص) أى الصائد وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة (و) لم يجز بيع (المزابنة) مطلقا سواء كان فى خمسة أوسق أو فيما دونها أو فيما زاد المزابنة بيع الثمر على النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا وقال الشافعى يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد عليها وفى قدر الخمسة قولان (والملامسة والقاء الحجر والمنابذة) وهذه بيوع

رجل ثمرة نخل من بستانه يعني ولا يسلمها اليه ثم يشق على المعرى دخول المعرى له في بستانه كل ساعة ولا يرضى ان يخلف الوعد فيعطيه قدره مجدودا بالخرص بدله وهو جائز عندنا لان الموهوب له لم يملك الثمرة لعدم القبض فصار بائعا ملكه بملكه وهو جائز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة مبتدأة فتسميته بيعا مجاز لما انه في الصورة عوض عما اعطاه اولا فكأنه اتفق في الواقع انه خمسة اوسق اودونه فظن الراوي أن الرخصة مقصورة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب ويحتمل ان الراوي ظن انه بيع كما في العيني والرخصة هو الخروج عن اخلاف الوعد والعزيمة ان يفي بالموعود فاعطاء غيره مع كونه ليس باخلاف للوعد رخصة كذا بخط شيخنا فان قلت ما سبق من التأويل ينبو عنه ما جاء في حديث زيد بن ثابت نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فان السياق يدل على ان المراد البيع قلت القران في النظم لا يوجب القران في الحكم نهر (قوله كانت في الجاهلية) وقد نهى عنها ولان فيه تعليقا للتمليك بالخطر فيكون قمارا زيلعي (قوله وثوب من ثوبين) لجهالة المبيع فلو قبضهما وهلكا معا ضمن نصف قيمة كل اذ الفاسد معتبر بالصحيح ولو مرتبين فقيمة الاول لتعذر رده وهذا اذا لم يشترط خيار التعيين فلو شرط أخذ أيهما شاء جاز لما مر در وقيد بالقيمي لان بيع المبهم في المثلي جائز لان الجهل في الاول يورث نزاعا بخلافه في المثلي كاردب من اردبين من القمح (قوله والمراعي واجارتها) اما بطلان بيعها فلعدم الملك لحديث الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار واما بطلان اجارتها فلانها على استهلاك عين درفاذا لم تجز الاجارة على استهلاك عين مملوكة كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها فبالاولى اذا كانت العين مباحة كما هنا واعلم ان ما في الدر من بطلان الاجارة مخالف لما في العناية من فسادها فتملك الاجرة بالقبض وينفذ عتقه اه والحيلة ان يستأجر الارض ليضرب فيها فسطاطا وليجعلها حظيرة لغنمه فتصح الاجارة ويبيح صاحب المراعي الانتفاع له بالمرعى فيحصل مقصودهما كذا في الكافي وجرى عليه في الدرر والنهر ولا يخفى ما في قوله ويبيح صاحب المراعي الانتفاع له بالمرعى لانه في نفسه مباح ولهذا لم يذكره الزيلعي ولا العيني وكذا في البحر والدرثم رأيت الشيخ شاهين نظر في كلام الدرر بما ذكرناه (قوله والمراد بها الكلأ) يشير الى ما نقله السيد الحموي عن البرجندي من التجوز حيث ذكر ان المراد بالمراعي ما تحويه من الكلأ من اطلاق اسم المحل على الحال ولم يرد رقاب المراعي انتهى (قوله بدون الارض) يتعلق بالبيع المقدر اذ قوله والمراعي معطوف على قوله لم يجز بيع الميتة والتقدير لم يجز بيع المراعي بدون الارض فهو حال من المضاف اليه والشرط موجود وهو كون المضاف عاملا فيما بعده لانه مصدر شيخنا (قوله بأن سقى الارض) اوحدق حولها عيني وهو غرس الاشجار حولها شيخنا (قوله جاز بيعه) لملكه اياه وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الاحراز لان الشركة ثابتة بالنص فلا تنقطع بدون الحيازة زيلعي عن النهاية وفيه كلام يعلم بمراجعة النهر (قوله يدخل الكلأ في البيع) كالشجر وحينئذ يصح بيعه واما اجارته فلا تصح لما قدمناه من عدم جوازها على استهلاك العين ومحل الاجارة المنافع ولا يلزم الصبغ واللبن في استئجار الصباغ والظئر لان العين آلة ثمة لاقامة العمل المستحق بالاجارة درر (قوله ولم يجز بيع النحل) لا مقصودا ولا تبعا للكوارات اذا لم يكن فيها عسل على قولهما واختلف في بيعه تبعا للكوارات على قولهما اذا كان فيها عسل لا مطلقا كما يوهمه ما في الزيلعي نهر واقول نقل السيد الحموي عن الفتاح ان الخلاف فيما اذا لم يكن معه العسل اما اذا كان معه فانه يجوز اتفاقا الخ والكوارات بضم الكاف وكسرها معسل النحل اذا سوي من طين شيخنا عن العناية وفي النهر عن المصباح انه بالضم والتخفيف والتثقيل لغة وقيل بيتها اذا كان فيه العسل وكسر الكاف مع التخفيف لغة اه ولم يذكر فتح الكاف مع التخفيف وقد ذكره الزمخشري انتهى (قوله عندهما مطلقا) اي سواء كان مجموعا ام لم يكن بدليل ما سيأتي من قوله وعند محمد والشافعي الخ (قوله وعند محمد والشافعي الخ) وعليه اكثر المشايخ وهو اختيار الشهيد وعليه الفتوى لانه حيوان منتفع به مقدور التسليم وان كان لا يؤكل

كانت في الجاهلية وهو أن يتساوم الرجلان على سلعة فان لمسها المشتري أو نبذها اليه البائع أو وضع عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني القاء الحجر والثالث المنابذة وذكر في المنتقى قال أبو حنيفة الملامسة ان يقول أبيعك هذا المتاع بكذا فاذا لمسته وجب البيع أو يقول المشتري كذلك والقاء الحجر أن يقول المشتري أو البائع اذا ألقيت الحجر وجب البيع (وثوب من ثوبين) بأن يقول بعت منك أحد هذين الثوبين (والمراعي واجارتها) وهي جمع مرعى كالمرالي جمع مولى والمراد بها الكلأ النابت مطلقا سواء كان في أرض مباحة أو مملوكة بدون الارض قبل القطع والاحراز وأما لو كان الكلأ منبتا بأن سقى الارض لاخذ الحشيش فنبت بتكلفه جاز بيعه كذا في النصاب وانما قيد بدون الارض لانه لو باع المملوكة له يدخل الكلأ في البيع كالشجر (و) لم يجز بيع (النحل) عندهما مطلقا وعند محمد والشافعي يجوز اذا كان مجموعا (وباع دود القز

كالحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنبور والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه وجوز أبو الليث بيع العلق وبه يفتى للحاجة بخلاف غير النحل والعلق من الهوام فلا يجوز اتفاقا كحيات وضب ومافي بحر كسرطان الا ما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه والحاصل ان جواز البيع يدور مع حل الانتفاع تنوير وشرحه والهوام هي المخوفة من الاحناش شيخنا عن العناية (قوله وبيضه) بفتح الباء وهو البزر الذي يكون منه الدود شيخنا عن القهستاني (قوله عند محمد مطلقا) أما الدود فلكونه منتفعا به وأما البيض فللضرورة وعليه الفتوى وأجاز السلم فيه اذا كان وقته معلوما وجعل منتهى الاجل في وقته واختاره المصنف هنا دون النحل وقد علمت ان الفتوى على قوله فيه أيضا فلم اختار المصنف قول محمد في الدود دون النحل وكأنه لقوة المدرك عنده في النحل واعلم ان ماذكره في النهر والبحر من ان الفتوى على قول محمد في الدود والبيض مخالف لما نقله السيد الحموي عن المفتاح حيث ذكر ان الفتوى عليه في الدود وأما في بيضه فالفتوى على قولهما اه (قوله وقال أبو حنيفة لا يصح بيعهما) أما الدود فلانه من الهوام وأما بيضه فلانه غير منتفع به باعتبار ذاته بل باعتبار غيره وذلك الغير معدوم حموي عن شرح الحلبي (قوله ولم يجز بيع الآبق) أي لا ينعقد في ظاهر الرواية فان حضر احتيج الى تجديد الركن قولا أو فعلا وعن أبي حنيفة انه يعود صحيحا والاختلاف مبني على انه فاسد أو باطل وكلامه في الدرر يفيد ترجيح كل من القولين أما لو أبق بعد البيع ثم عاد فلا خلاف في بقاء العقد على الصحة كما يعلم من كلام العيني وخرج بالآبق المرسل في حاجة المولى فانه يجوز بيعه لانه مقدور التسليم وقت العقد حكما اذ الظاهر عوده وأطلق في عدم جواز بيع الآبق فعم مالو باعه من طفله أو يتيم في حجره ولو وهبه لهما صح والفرق ان شرط البيع القدرة على التسليم عقيبه وهو منتف وما بقي له من الملك يصلح لقبض الهبة لا للبيع لانه بازاء مال مقبوض من مال الابن بخلاف الهبة فكفت تلك اليد نظرا للصغير نهر ولو أعتقه اي البائع نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض فيه ولو علم حياته وقت العتق أجزأه عن الكفارة زيلعي واعلم انه يستثنى من اطلاقهم مالو أبق من الغاصب فباعه منه فانه يصح مع انه آبق عند المتعاقدين درعن الذخيرة معللا بعدم لزوم التسليم (قوله الأن يبيعه ممن يزعم انه عنده) لعدم الحاجة الى التسليم لكن لا يصير قابضا بمجرد العقد ان اشهد وقت الاخذ انه أخذه ليرده على المالك لانه أمانة في يده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع وكذا اذا لم يشهد عند أبي يوسف وعندهما يصير قابضا بناء على ان الاشهاد ليس بشرط لكونه أمانة عنده وعندهما شرط كما سبق في اللقطة قيد بقوله ممن يزعم الخ لانه لو باعه ممن يزعم انه عند غيره لا يصح أيضا لكنه فاسد اتفاقا يملك بالقبض بخلاف بيع الآبق المطلق فان فيه مامر من الخلاف بقي ان تعليله في النهر جواز بيع الآبق ممن يزعم انه عنده بأن المقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فاذا كان ثابتا حصل المقصود يفيد ان المراد من قوله ممن يزعم الخ أن يكون في يده وبه صرح العلامة نوح أفندي قلت فلو قال المصنف الأن يبيعه ممن هو عنده لكان أولى لان الزعم يستعمل غالبا في غير المطابق للواقع (قوله ولبن امرأة) استدلوا على عدم جواز بيع لبن المرأة ولو في قدح بصحة اجارة الظئر لانه لما صحت الاجارة ثبت ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال اذ لو كان مالا لم تجز الاجارة الا ترى ان اجارة البقرة لشرب لبنها لا يجوز لكونه مالا حتى صح بيعه واستفيد من قولهم سبيله سبيل المنافع لا الاموال انه لا يضمن بالاتلاف (قوله وقال الشافعي يجوز مطلقا) لانه مشروب طاهر قلنا انه جزء آدمي مكرم وفي البيع اهانته فلا يجوز عيني (قوله وقال أبو يوسف ان كان لبن أمة يجوز) لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا اجزؤها قلنا نفسها محل للرق لاختصاصه بمحل القوة وهو الحي ولا حياة في اللبن درر (قوله لا يجوز) لقوله عليه الصلاة والسلام لم يجعل الله شفاء أمتي فيما حرم عليها (قوله اذا علم انه يزول به الرمد) هذه من افراد مسئلة الانتفاع بالمحرم للتداوي كالخمر واختار في النهاية والخانية الجواز اذا علم ان فيه شفاء ولم يجد دواء غيره نهر ومعنى قوله عليه السلام لم يجعل الله شفاء امتي فيما حرم عليها اي بالنسبة للتي لا شفاء فيها أما التي فيها

وبيضه) عند محمد مطلقا وأظهر القولين وقال أبو حنيفة لا يصح بيعهما وقال أبو يوسف يصح بيع الدود اذا ظهر القز فيه والالا وأبو يوسف اضطرب في بيضه (و) لم يجز بيع (الآبق) الاان يبيعه ممن يزعم انه عنده ولبن امرأة) ولو في قدح مطلقا وقال الشافعي يجوز مطلقا وقال أبو يوسف ان كان لبن أمة يجوز والا لا وصبه في عين رمده عند بعض أصحابنا لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد (و) لم يجز بيع

الشفاء فلا بأس به كشرب الخمر للعطشان وقد استوفينا الكلام على ما يتعلق بهذه المسئلة أعني جواز التداوي بالمحرم عند قول المتن ولا شرب أي بول ما يؤكل لحمه أصلا قبيل باب التيمم (قوله وشعر الخنزير) هو باطل كما في الشرنبلالية عن البرهان لانه نجس العين ويرد على هذا التعليل بيع السرقين فانه جائز للانتفاع به مع انه نجس العين فتح بل الصحيح عن الامام ان الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز نهر (قوله وينتفع به للخرز) لانه لا يتأتى الا به فلم يكن الخرز بالحديد في زمنه شيخنا ثم رأيت بخطه أيضا ان المراد من قولهم فان الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه أي على وجه الاحكام انتهى وما في البحر حيث منع الانتفاع به الآن لعدم الضرورة مخرج على قول أبي يوسف كما يعلم من عبارة الزيلعي وأما عند محمد فيجوز الانتفاع به مطلقا ولو لغير ضرورة يدل عليه ماذكره الزيلعي أيضا حيث علل عدم افساد الماء القليل عنده اذا وقع فيه بقوله لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته وهذا يقتضي جواز بيعه أيضا عند محمد واليه يشير ماذكره في النهر حيث قال ينبغي ان يطيب للبائع الثمن على قول محمد الخ ومنه يعلم ما في كلام الشارح اذ سياق قوله ولم يجز بيع شعر الخنزير ولكن ينتفع به للخرز عند محمد يوهم انه يقول بعدم جواز بيعه وليس كذلك فلو عزا الشارح لابي يوسف ماذكره المصنف من جواز الانتفاع به يعني للضرورة بقرينة ماذكره من عدم جواز بيعه ثم حكى عنه الكراهة بلفظ عن وعزا لمحمد جواز الانتفاع به مطلقا ولو لغير ضرورة لكان كلامه مستقيما (قوله وعند أبي يوسف يكره له ذلك) في الزيلعي وعن أبي يوسف ووجه الكراهة ان الخرز يتأتى بغيره واذا وقع في الماء القليل يفسده عند أبي يوسف خلافا لمحمد والصحيح قول أبي يوسف وقول الزيلعي لا بأس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير ولو اكثر من قدر الدرهم مخرج على قول محمد نهر (قوله وشعر الانسان) بيعه باطل كرجيعه في الاصح الا اذا غلب عليه التراب او السرقين على الصحيح شرنبلالية عن البرهان (قوله وعن محمد انه جوز الانتفاع به) لما ورد من انه عليه السلام قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به زيلعي (قوله وجلد الميتة قبل الدبغ) للنهي ولان نجاسته أصلية فصار كلحم الميتة بخلاف الثوب النجس والدهن حيث يجوز بيعه لان نجاسته عارضة فلا يتغير حكم الثوب بها وفي المجمع ونجيز بيع الدهن المتنجس والانتفاع به في غير الاكل بخلاف الودك نهر ودر وقد قدمنا الخلاف في كون جلد الميتة كالخمر أو كالميتة وثمرته تظهر في المضموم اليه هل يتعدى البطلان اليه او يصح البيع بحصته من الثمن وعلى القول بأنه كالخمر يتفرع ماذكره في الدر من انه اذا بيع بالثمن فالبيع باطل وان بالعرض فهو فاسد (قوله وبعده يباع) الا جلد انسان وخنزير وحية در (قوله كعظم الميتة) لما روي انه عليه السلام اشترى لفاطمة سوارين من عاج فظهر استعمال الناس له من غير نكير حتى حكى بعضهم الاجماع على جواز بيعه نهر (قوله وعند محمد لا يصح بيعه والانتفاع به) موافق لما في الهداية ويخالفه قول الكرخي وأما الفيل أي عظمه فاجمعوا على جواز بيعه وفي العيون روى ابراهيم ابن رستم عن محمد في امرأة صلت وفي عنقها قلادة فيها سن كلب واسد وثعلب فصلاتها تامة لانه يقع عليها الزكاة عيني وتعليله ظاهر بناء على ان السن طرف عصب فالذكاة طهارة له وأما على القول بأنه عظم فلانه من الميتة اذا خلا عن الدسومة طاهر ثم ظهر ان ضمير عليها عائد على الحيوانات الثلاث فتكون من المذكاة طاهرة بلا خلاف بخلاف الخنزير اذا ذكي فان سنه لا يطهر كذا ذكره شيخنا (فرع) بيع القرد جائز وكذا جميع الحيوانات سوى الخنزير هو المختار لانه ينتفع به وكذا بجلده نهر عن التجنيس (قوله وعلو سقط) لان حق التعلي ليس بمال ومحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه زيلعي وبيع الطريق يصح حدا ولا وكذا هبته واذا لم يبين يقدر بعرض باب الدار العظمى لا بيع مسيل الماء وهبته لانه مجهول اذ لا يعلم قدر ما يشغله الماء وصح بيع حق المرور تبعا للارض بالاجماع و وحده في رواية ابن سماعة وفي رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه ابو الليث بأنه حق من الحقوق و بيع الحقوق بالانفراد لا يجوز والشرب كذلك يصح بيعه تبعا للارض بالاجماع و وحده في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من

(شعر الخنزير و) لكن (ينتفع به للخرز) عند محمد وعند أبي يوسف انه يكره ذلك والصحيح قول أبي يوسف وعن بعض السلف انه كان لا يلبس مكعبا أو خفا مخروزا بشعر الخنزير (وشعر الانسان والانتفاع به) أيضا وعن محمد انه جوز الانتفاع به (وجلد الميتة قبل الدبغ و بعده يباع وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها) وشعرها وفي الاصح كلها نجسة لا يجوز الانتفاع بها و يباع عظم الفيل و ينتفع به عندهما وعند محمد لا يصح بيعه والانتفاع به (و) لم يجز بيع (علو سقط) أي اذا كان علو لاحد وسفل لآخر فسقطا أو سقط العلو وبقي السفل فباع صاحب العلو موضع العلو لم يجز وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع (و) لم يجز بيع (أمة تبين

المسله ولم يجز فى أخرى وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة لا بيع حق التسييل وهبته در واعلم ان سياق كلامه يقتضى جواز بيع الطريق ولو بدون الارض من غير خلاف لكن صرح فى الخانية كما فى الشرنبلالية بأن بيع الطريق بدون الارض لا يجوز واما ماذكره فى الشرنبلالية من قوله ويخالفه أيضا قوله الآتى وفى رواية الزيادات الخ فغير مسلم ولهذا قال شيخنا لا مخالفة لان ماذكره فى الزيادات بيع حق المرور وما نحن فيه بيع نفس الطريق انتهى (قوله انه عبد) ذكر الضمير لتذكير الخبر در وقال عصام فى حاشية البيضاوى اعتبار مطابقة الخبر الذى هو محط الفائدة أولى من اعتبار مطابقة المرجع ذكره ابن الحاجب فى المفصل كذا بخط شيخنا وقول الشارح أى لو اشترى شخصا الخ يشير الى ان مرجع الضمير هو الامة وذكره لتأويلها بالشخص (قوله لو اشترى بهيمة الخ) والفرق ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف وفى مسئلتنا الذكر والانثى من بنى آدم جنسان للتفاوت فى الاغراض وفى الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها واعلم أن بطلان العقد فيما اذا كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى هو قول بعض المشايخ وقال بعضهم انه فاسد وهو اختيار الكرخى وظاهر كلام الزيلعى ترجيح القول بالفساد لكن قال فى النهر والاول هو الظاهر واعلم ان الاجارة كالبيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة والنكاح واشباهه لا يفسد ولكنه ينظر اذا كان المسمى يمكن ضبطه كالثياب والحيوانات الموصوفة أو المكيل أو الموزون يجب المسمى ويجعل كانه سماه ولم يشر الى شئ وان لم يمكن ضبطه يجب مهر المثل كانه لم يسم شيئا زيلعى (قوله صح البيع) ويثبت له الخيار زيلعى (قوله ولم يجز شراء ما باع الخ) يشمل شراء الكل والبعض نهر عن القنية (قوله بالاقل) ولو وصفا كما لو باعه بألف نسيئة الى سنة ثم اشتراه بألف الى سنتين لم يجز أيضا بحر (قوله قبل النقد) أى نقد كل الثمن در (قوله يجوز فى غير العبد والمكاتب) لان الاملاك متباينة بخلاف المملوك فان كسبه لسيده وله فى كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه وله ان شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم وهو نظير الوكيل بالبيع اذا عقد مع هؤلاء (قوله وسواء باع بنفسه اصالة أو وكالة) فالوكيل بالبيع اذا أراد شراء ما باعه بأقل مما باع لنفسه أو لغيره قبل نقد الثمن لم يجز لان الوكيل بالبيع أو الشراء أصيل فى الحقوق وكذا الرسول بالبيع اذا باع ثم اشترى ما باع لنفسه بأقل مما باع قبل نقد الثمن الاول لا يجوز حموى عن البرجندى معزيا للذخيرة (قوله من مشتريه) أو من وارثه بخلاف شراء وارث البائع أو وكيله أى وكيل وارث البائع شيخنا والفرق ان وارث البائع لم يملك الشراء بطريق الارث لانه كان يملك الشراء لنفسه حال حياة مورثه فكان كالاجنبى واما وارث المشترى فقام مقام المشترى فى هذا البيع لان ولاية البيع من أحكام ملك المورث فانه ما كان يملك البيع حال حياة مورثه لانه ملك مورثه وفى البحر عن السراج شرط لجواز شراء وارث البائع ان يكون ممن تقبل شهادته للمورث فى حياته والا لا يجوز وهو قيد حسن أغفله كثير وان كان معلوما من بيان حكم شراء من لا تجوز شهادته له انتهى (قوله لا من الموهوب له الخ) لان تبدل سبب الملك كتبدل العين أصله حديث بريرة زيلعى ولو خرج المبيع عن ملك المشترى ثم عاد اليه فان عاد اليه بحكم ملك جديد كالاقالة قبل القبض وبعده أو بالشراء أو بالهبة أو بالميراث فشراء البائع منه بالاقل جائز وان عاد اليه بما هو فسخ كخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فالشراء منه بالاقل لا يجوز بحر عن السراج (قوله ثم الدنانير جنس الدراهم) هنا وفى قضاء دين وشفعة ومضاربة وامتناع مرابحة وزكاة وشركات وقيم متلفات وأروش جنايات در (قوله خلافا للشافعى) له ان الملك قد تم بالقبض فيجوز بيعه بأى قدر كان من الثمن كما اذا باعه من غير البائع أو منه بمثل الثمن الاول أو بأكثر أو بعرض أو بأقل بعد النقد ولنا ما روى ان امرأة باعت غلاما من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة ثم ابتاعته

انه عبد وعكسه) أى لو اشترى شخصا على انه أمة فاذا هو عبد أو على انه عبد فاذا هى أمة لم يجز استحسانا خلافا لزفر وانما قيد بالامة لانه لو اشترى بهيمة على انه ذكر فاذا هى أنثى صح البيع (و) لم يجز (شراء ما باع بالاقل قبل النقد) مطلقا سواء كان شراؤه لنفسه أو شراء من لا تصح شهادته له كولده ووالده وزوجته وعبده ومكاتبه وقال أبو يوسف ومحمد يجوز فى غير العبد والمكاتب وسواء باع بنفسه أو بيع له بأن باع وكيله وسواء اشترى لنفسه أو لغيره من مشتريه أو من وارثه لا من الموهوب له أو الموصى له هذا اذا كان المبيع لم ينتقص ذاتا واتحد الثمنان جنسا واما اذا تعيب المبيع ذاتا فى يد المشترى فباعه من البائع بأقل من الثمن جاز وانما قلنا ذاتا لانه لو انتقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه بالاقل وشرطنا اتحاد الثمنين جنسا لانه اذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثانى أقل ثم الدنانير جنس الدراهم حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر ثم ان هذا لا يجوز عندنا خلافا للشافعى ولفظ الاقل يشير الى انه لو اشترى بأكثر أو بمثله جاز (وصح) البيع (فيما ضم اليه) حتى لو اشترى أمة بخمسمائة وقبضها ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل نقد الثمن بخمسمائة

بستمائة نقدا فقالت لها عائشة بئس ماشريت و بئس مااشتريت وهو لا يدرك بالرأى فيحمل على السماع وقولها بئس ماشريت أى بعت وانما كرهت عائشة العقد الاول لانهما تطرقا به الى العقد الثانى كما فى النهاية لا يقال روى انها قالت بعته الى العطاء فلعلها أنكرت عليها لكون الاجل مجهولا لانا نقول كانت عائشة ترى البيع الى العطاء زيلعى أى ترى البيع مؤجلا بثمنه الى العطاء من بيت المال جائزا ولان الثمن لم يدخل فى ضمان البائع قبل قبضه فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة التى خرج عن ملكه وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقى له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح مالم يضمن وهو حرام بخلاف مااذا اشتراه بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة (قوله صح الشراء فى التى الخ) يعنى وفسد فى الاخرى لانه لابد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى القاضى بجوازه صح زيلعى أو لانه باعتبار شبهة الربا فلو اعتبرت فى المفهوم لكان اعتبار الشبهة والشبهة هى غير معتبرة درر والمراد من كونه مجتهدا فيه أى محل اجتهاد وقابلا له والاختلاف الشافعى انما جاء بعد وضع المسئلة و يجوز ان يكون الخلاف واقعا قبل وضعها بل هو الاظهر ونوقض بما اذا باعهما بألف وخمسمائة فان البيع فاسد نص عليه شمس الائمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد فى مسئلة الكتاب لما ذكر لما فسد لانه عند القسمة يصيب كل واحدة منهما أكثر من خمسمائة نهر وقوله فان البيع فاسد اى فى التى اشتراها بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها بألف وخمسمائة وليس المراد فساده فيهما معا وقوله ولو كان الفساد لما ذكر الخ أى لصيرورته مشتريا لما باع بأقل مما باع وقوله وقابلا له أى ولكونه قابلا للبيع شيخنا (قوله وزيت) بالجر عطف على المنفى وكان ينبغى ان لا يفصل بينهما بالمثبت لما فيه من الايهام حموى (قوله على ان يزنه بظرفه الخ) لانه شرط لا يقتضيه العقد الا اذا عرف مقدار وزنه فيجوز بخلاف ما لو شرط ان يطرح عنه بوزن الظرف لانه من مقتضيات العقد والمراد بالشرط الذى يقتضيه العقد هو الذى يجب بالعقد من غير شرط كشرط تسليم المبيع أو الثمن والذى لا يقتضيه هو الذى لا يجب فى العقد الا بالشرط حموى عن البرجندى (قوله وان اختلفا فى مقدار وزن الزق) لو أبقى الشارح المتن على اطلاقه لكان أولى لان القول للمشترى مطلقا سواء كان الاختلاف فى مقدار وزنه أو فى انه هو أو غيره بأن ادعى البائع ان زقه غير الزق الذى جاء به المشترى كما فى العينى (قوله فالقول للمشترى) الا ان يبرهن البائع لانه ان اعتبر اختلافا فى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض وان فى قدر المبيع المقبوض رجع الى الاختلاف فى قدر الثمن والقول فيه للمشترى لانكاره الزيادة والاختلاف فى الثمن وان أوجب التحالف الا ان محله مااذا كان قصدا لا ضمنا كما هنا لوقوعه فى ضمن الاختلاف فى الزق والفقه فيه ان الاختلاف الابتدائى فى الثمن انما يوجب التحالف ضرورة ان كل واحد منهما يدعى عقدا آخر واما الاختلاف بناء على اختلافهما فى الزق فلا يوجب الاختلاف فى العقد فلا يوجبه نهر وقوله اما ان يعتبر فى تعيين الزق المقبوض يعنى المقبوض بمقتضى عقد البيع فانه هو المعتبر بخلاف قبض البائع عند رده فانه ليس كذلك عزمى (قوله او بيعها) بأن أسلم عنها فوكل كافرا يبيعها نهر (قوله صح) أى مع كراهة التحريم ويجب عليه ان يتصدق بالثمن نهر (قوله وقالا لا يصح) والمراد البطلان لما قال فى البرهان وتوكيل مسلم ذميا بشراء خمر و بيعها ومحرم حلالا ببيع صيد مكروه عندنا وأبطلاه وهو الاظهر شرنبلالية لهما ان الموكل لا يليه بنفسه فلا يوليه غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان مايثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه وله ان المعتبر فى هذا الباب أهليتان أهلية الوكيل وهى أهلية التصرف فى المأمور به وللنصرانى ذلك واهلية الموكل وهى اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم فلا يمتنع بسبب الاسلام الا ترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصرانى ومات عن خمر أو خنزير وايضا العبد المأذون له النصرانى اذا اشترى خمرا ثبت الملك فيها لمولاه

صح الشراء فى التى لم يشترها من
البائع (و) لم يجز بيع (زيت على ان
يزنه بظرفه) أى بشرط ان يزن
الزيت مع ظرفه (و) يطرح عنه
أى عن مبلغ الوزن (مكان كل
ظرف خمسين رطلا وصح) البيع
(ولو شرط ان يطرح عنه بوزن الظرف
وان اختلفا فى) مقدار وزن (الزق
فالقول للمشترى) مع يمينه (ولو أمر
مسلم (ذميا بشراء خمر أو بيعها صح)
وقالا لا يصح وعلى هذا الخلاف
الخنزير

المسلم اتفاقا ثم الموكل به ان كان خمرا خلله وان كان خنزيرا سيبه درر وقوله لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الملزوم هو ثبوت الحكم للموكل واللازم تصرف الوكيل واعلم ان قول الصاحبين ينتقض بمسائل منها ان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه ومنها ان للقاضي ان يأمر ذميا ببيع خمر تركها ذمي وان لم يملك بيعها ومنها وصي الذمي اذا كان مسلما يملك ان يوكل ذميا ببيع خمره وان لم يملكه الموكل بقي ان يقال اذا كان حكم هذه الوكالة بالبيع ان لا ينتفع بالثمن وفي الشراء ان يسيب الخنزير ويريق الخمر او يخللها بقي تصرفا غير معقب لفائدة وكل ما هو كذلك ليس بمشروع فتح واجاب في النهر بأن عدم طيب الثمن لا يستلزم عدم الصحة فان شعر الخنزير اذا لم يوجد مباح الاصل جاز بيعه وان لم يطب ثمنه واما الشراء فقد افاد فائدة في الجملة هي تخليل الخمر ومثله لا يعد غير مشروع انتهى واقول فيه تأمل لان الشق الاول من الرد لا يشبه ما الكلام فيه اذ فرض كلام المحقق في تصرف يكون معقبا لفائدة لا في الصحة وعدمها حموي على ان ما ذكره في النهر من انه اذا لم يوجد مباح الاصل جاز بيعه حكاه في العناية بقيل فدل على ضعفه ونصه قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع انتهى فالصحيح ما في الزيلعي عن ابي الليث ان كانت الاساكفة لا يجدونه الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة واما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه للبائع الخ (قوله وامة على ان يعتق المشتري الخ) شروع في الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط لنهيه عليه السلام عن بيع وشرط لكن ليس كل شرط يفسد البيع بل لا بد ان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا يتعارف وكان فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق ولم يرد الشرع بجوازه فما يقتضيه كاشتراط تسليم الثمن او حبس المبيع الى قبضه وما يلائمه كالبيع بشرط كفيل او رهن بالثمن معينين فان لم يدفعهما خير البائع في الفسخ او كان متعارفا كشراء نعل على ان يحذوه او لم يكن فيه منفعة لاحد كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة او ورد الشرع بجوازه كالبيع بشرط الخيار واذا عرف هذا فاشتراط العتق وتوابعه مما لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمعقود عليه ولو وفى بالشرط ففي العتق بعد القبض ينقلب البيع جائزا عند الامام خلافا لهما حتى يجب على المشتري الثمن وعندهما القيمة لا في توابعه والفرق ان شرط العتق بعد وجوده يصير ملائما للعقد لانه منه للملك والشئ بانتهائه يتقرر والفاسد لا تقرر له فيكون صحيحا ولا كذلك شرط توابعه اذا وفى بها لانه يقتضي امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز ان يحكم قاض بصحة بيعه فيتقرر الفساد واجمعوا انه لو اعتقه قبل القبض لا يعتق ولو امر المشتري البائع بالعتق قبل القبض فاعتق جاز فقد ملك المأمور ما لا يملكه الآمر وانما كان كذلك لانه لما امره بالعتق فقد طلب منه ان يسلطه على القبض فاذا اعتق بأمره صار قبض المشتري سابقا عليه واجمعوا انه لو مات في يد المشتري قبل العتق يلزمه القيمة قيد بكون الشرط لفظ على لانه لو كان ان فسد البيع في جميع الصور الا اذا قال ان رضي ابي او فلان في ثلاثة ايام و بشرط كذا بمنزلة على ولا بد ان لا يقولها بالواو حتى لو قال بعتك بكذا وعلى ان تقرضني كذا فالبيع جائز ولا يكون شرطا وان يكون الشرط في صلب العقد حتى لو الحقاه به لم يلتحق في الاصح وخرج بكون الشرط فيه منفعة ما لو كان فيه مضرة كان باع ثوبا على ان يخرقه فعند محمد البيع جائز والشرط باطل وقال ابو يوسف البيع فاسد وبكون المنفعة لاحد المتعاقدين لانها لو كانت لاجنبي كاشتراط ان يقرض البائع اجنبيا كذا فيجوز البيع وذكر القدوري انه يفسد نهر وقوله قيد بكون الشرط لفظ على لانه لو كان ان الخ يعني ما سبق من تقييد الشرط بكونه غير ملائم وان لا يكون من مقتضيات العقد الخ ما سبق الكلام عليه من القيود انما هو بالنسبة لما اذا كان الشرط بلفظ على فان كان بلفظ ان فسد البيع في جميع صور الشرط ولا يكون مقيدا بتلك القيود وقوله لانه يقتضي امتناع ورود الملك الخ كذا وجدته بخط السيد الحموي ووجدت بخط شيخنا رحمه الله تعالى لانه تيقن امتناع الخ وكلاهما صحيح وهو تعليل لوجه كون العتق منهيا للملك بخلاف توابعه اي انما انقلب العقد جائزا لكون العتق منهيا للملك

(و) لم يجز بيع (أمة على) شرط (ان يعتق المشتري)

بخلاف

بخلاف توابعه لانه بالعتق تيقن امتناع ورود الملك عليه فيلزمه الثمن ولم يوجد هذا المعنى فى توابع العتق لعدم التيقن بامتناع ورود الملك لجوازان يحكم قاض بصحة بيعه فيلزمه القيمة شيخنا وقوله ولوامر المشترى البائع بالعتق قبل القبض الخ تقييده بما قبل القبض لا للاحتراز عما لو كان بعده اذ الحكم لا يختلف بل ليرتب عليه قوله فقد ملك المأمور مالا يملكه الآمر (قوله وقال الشافعى لا يجوز البيع بشرط الاعتاق) لان بيع العبد نسمة متعارف فى الوصايا ولنا انه لا يقتضيه العقد اذ هو يقتضى أى تصرف شاء لا تصرفا معينا فاشتراط مثله فيه مفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاد والكتابة وتفسير بيع النسمة ان يبيعه ممن يعرف انه يعتقه زيلعى والنسمة من نسيم الريح سميت بها النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها فى باب العتق خصوصا فى قوله عليه الصلاة والسلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو بعرض العتق فعوملت النسمة معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال عناية (قوله أو الاحملها) لان مالا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه واذا لم يصح بقى شرطا فاسدا وفيه نفع للبائع والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن كالبيع بخلاف الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد حيث لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء ومن فروع القاعدة بعتك هذه الصبرة الا قفيزا منها بكذا جاز وهذا القطيع من الغنم الاشاة لا يجوز وكذا كل عددى متفاوت وأوردان الخدمة يصح افرادها بالوصية ولا يصح استثناؤها بان أوصى بجاريه الا خدمتها أو الاغلتها واجيب بان هذا ايراد على العكس وهى غير منعكسة وبان الوصية ليست عقدا حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصى وقبول العقد بعد الموت لا يصح نهر (قوله وفى العبارة تسامح) لان مقتضى العطف ان يكون التقدير أو بيع أمة على ان يستثنى حملها وليس مرادا حموى (قوله أو على ان لا يسلم الثمن) صوابه المبيع لان الآجل يختص بالديون لانه شرع للترفيه حتى يتمكن من التحصيل به دون الاعيان اذ هى حاصلة متعينة بالعقد فلا حاجة فيها الى التاجيل فيكون اشتراطه مفسدا زيلعى وعلى ما فى نسخة شيخنا بخطه حيث ذكر المثمن بدل الثمن لا حاجة للتصويب (قوله وصح بيع نعل على ان يحذوه الخ) أراد بالنعل الصرم واعاد الضمير عليه فى شركه للنعل بالمعنى الحقيقى على طريق الاستخدام نهر ومعنى يحذوه يقطعه بحر (قوله لا البيع الى النيروز) فساده لجهالة الاجل وهى مفضية الى المنازعة ولو باع مطلقا عن هذه الآجال ثم اجل الثمن اليها لم يفسد لكونه تاجيلا للدين والمفسد ما كان فى صلب العقد نهر عن الهداية لكن نقل عزمى عن الخانية ان البيع يفسد اذا اجله الى هذه الاوقات سواء كان فى البيع أو بعده فى الصحيح من الجواب اه (قوله والمهرجان) بكسر الميم وسكون الهاء كما فى المفتاح كلمتان ومعناهما بعد التركيب محبة الروح شرح الحلبى وهو متعدد مهرجان العامة وهو اليوم السادس عشر من مهرماه القديم ومهرجان الخاصة وهو اليوم الحادى والعشرين منه وقد يسمى أول يوم تكون الشمس فيه فى الميزان مهرجان حموى عن البرجندى (قوله وانما خص الخ) مع انه اذا باع الى صوم اليهود فالحكم كذلك لا يتفاوت فيكون المعنى الى صوم النصارى وفطرهم والى فطر اليهود وصومهم فاكتفى بذكر احدهما نهر وأقول كلام الشارح والزيلعى صريح فى ان التقييد بصوم النصارى احترازى ولهذا قال الزيلعى وقالوا اذا باع الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام وهى معلومة انتهى وكذا ما سيأتى فى الشارح من قوله فبعد دخول صومهم لا يعلم يوم فطرهم يفيد ان التقييد بفطر اليهود احترازى أيضا وكذا صرح فى الجوهرة بان التقييد بصوم النصارى وفطر اليهود احترازى على ما وجدته بخط الشيخ شاهين معزيا اليه ونصه فان قيل لم خص الصوم بالنصارى والفطر باليهود قيل لان صوم النصارى غير معلوم وفطرهم معلوم واليهود بعكسه انتهى واعلم ان الجواب ممكن بان يحمل كلام النهر على ما اذا صدر التاجيل الى فطر النصارى قبل شروعهم فى الصوم ولهذا قال فى التنوير بخلاف فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم

وقال الشافعى يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة (أو) ان (يدبر أو يكاتب أو يستولد او الا حملها) أى لم يجز بيع الامة الا حملها وفى العبارة تسامح (او) على (ان يستخدمها البائع شهرا و) لم يجز بيع (دار على ان يسكن) البائع (أو) على (ان يقرض المشترى) البائع (درهما او) على ان (يهدى) المشترى (له) أى للبائع (أو) على ان (لا يسلم) المبيع (الى كذا) أى الى ذلك الشهر (و) لم يجز بيع (ثوب على شرط) (ان يقطعه) البائع (ويخيطه قميصا) للمشترى (وصح) استحسانا (بيع نعل على) شرط (ان يحذوه) البائع ويسويه (ويشركه) شرك النعل وضع الشراك على النعل وهو سيرها الذى على ظهر القدم وقال زفر لا يجوز وهو القياس (لا البيع) أى لا يجوز البيع بثمن مؤجل (الى النيروز) معرب نوروز وهو أول يوم من نزول الشمس فى الحمل (و) الى (المهرجان) وهو أول يوم من نزول الشمس فى الميزان (و) الى (صوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر العاقدان ذلك) أى الاوقات وانما خص صوم النصارى وفطر اليهود لجهالتهما بيانه ان النصارى يبتدئون الصوم من نيروز و يصومون خمسين يوما ثم يعيدون والنيروز غير معلوم لا يتعين الا بظن وممارسة بعلم النجوم فربما يخطئ و يصيب اما اذا دخل صومهم فيوم فطرهم معلوم وان اليهود يصومون شهر رمضان كله ولا يفطرون يوم الفطر و يتبعون صيامهم من شوال الى تمام خمسين يوما ثم يعيدون فبعد دخول صومهم لا يعلم يوم فطرهم لانه يختلف باختلاف عدة رمضان فيحتمل ان يكون الحادى والعشرين من شوال أو الثانى والعشرين منه (و) لم يجز (الى قدوم الحاج

(قوله والحصاد) بفتح الحاء وكسرها وقرئ بهما قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده (قوله والدياس) أصله دواس لانه من الدوس قلبت الواو ياء لوقوعها بعد كسرة (قوله ولو كفل الى هذه الاوقات صح) لانها جهالة يسيرة وهى محتملة فى الكفالة لكونها تبرعا الا ترى انها تحتمل فى أصل الدين بان يكفل بما ذاب على فلان ففى وصفه أولى بخلاف الفاحشة كالكفالة الى هبوب الريح اما البيع فمعاوضة مبناه على المضايقة فلا تحتمل فيه الجهالة أصلا وان كانت يسيرة والفرق بين اليسيرة والفاحشة ان اليسيرة هى ما كان فيها الاختلاف فى التقديم والتأخير ولو كان الاختلاف فى وجودها كهبوب الريح كانت فاحشة جوهرة (قوله من له الاجل) هو المشترى كذا فى الزيلعى حيث قال أى اسقطه من له الحق فيه وهو المشترى لان الاجل حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضى وقول القدورى فان تراضيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا لا مخرج الشرط لان رضا من له الحق يكفى وكذا فى البحر والدر وما ذكره العينى من انه بالبناء للمجهول لان قول القدورى فان تراضيا على اسقاطه يوهم ان التراضى شرط وليس كذلك فان المشترى اذا اسقطه قبل ذلك جاز تعقبه فى النهر بان الظاهر بناؤه للمعلوم والحاصل انه لم يقل احد من الشراح بان البائع اذا انفرد باسقاطه يصح خلافا للحموى حيث ذكر ان أيهما اسقط الاجل صح وكانه توهم ذلك من كلام العينى حيث بنى الفعل للمجهول وقد علمت ما فيه و بفرض تسليمه فليس فيه ما يفيد الصحة اذا انفرد البائع باسقاطه بل فى كلامه ما يشير الى خلاف ذلك ثم رأيت فى حاشية نوح افندى ما ملخصه ان كان الفساد لجهالة الاجل كالبيع الى النيروز مثلا أو لشرط زائد فيه نفع لاحد المتعاقدين كالبيع على ان يقرضه مثلا فلكل واحد منهما ملك فسخه قبل القبض واما بعد القبض فيستقل بالفسخ من له منفعة الاجل أو الشرط وهذا عند محمد وقالا لكل من العاقدين الفسخ كذا ذكر هذا الخلاف فى الذخيرة والايضاح وشرح الوافى الخ ومنه يعلم ان ما ذكره الزيلعى بالنسبة لمذهب محمد وما ذكره الحموى بالنسبة لقولهما أو يحمل كلام الحموى على انه بالنسبة لما قبل القبض وما ذكره الزيلعى يحمل على ما بعده لكن نقل ابن كمال باشا فى اصلاح الايضاح عن شرح الطحاوى ان ولاية الفسخ لصاحب الشرط ولم يحك خلافا وبه أخذ صاحب الهداية الخ وهذا مؤيد لما ذكره الزيلعى (قوله قبل حلوله) وقبل الافتراق حتى لو تفرقا قبل الاسقاط تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا اتفاقا ابن كمال وابن ملك بجهالة فاحشة كهبوب الريح ومجىء المطر فلا ينقلب جائزا وان ابطل الاجل تنوير وشرحه عن العينى (قوله صح) لان سبب الفساد قد ارتفع بالاسقاط عينى (قوله خلافا لزفر والشافعى) لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا باسقاط المفسد كما اذا اسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما اذا تزوج امرأة الى عشرة ايام ثم أسقط الاجل ولنا ان المفسد شرط خارج عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلفت الصحابة فيه فينقلب صحيحا عند ازالته أو نقول انعقد موقوفا فبالاسقاط تبين انه كان جائزا على ما قاله مشايخنا وهو الصحيح لان فساده باعتبار انه يفضى الى المنازعة وقبل مجيئه لا منازعة فلا يفسد والاول قول مشايخ العراق وعلى هذا الخلاف كل عقد ينقلب صحيحا بازالة المفسد ينعقد فاسدا عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزائد لان الفساد فيه فى صلب العقد لانه فى احد العوضين و بخلاف الاجل فى النكاح لانه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد لا ينقلب عقدا آخر زيلعى (قوله بطل البيع فيهما) أى فيما اذا جمع فى البيع بين حر وعبد وشاة ذكية وميتة وهذا لان الحر والميتة لا يدخلان فى العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون العقد فى الحر والميتة شرطا لجواز العقد فى العبد والذكية فيبطل (قوله وعندهما ان سمى الخ) لانه اذا بين ثمنهما صارا صفقتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد ثمنا لانه يبقى بيعا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز وله ان الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فيبطل ومبنى الخلاف ان الصفقة تتعدد عندهما بمجرد تفصيل الثمن وان لم يتكرر لفظ البيع وعنده لا بد من تكرر لفظ البيع أيضا كما سبق (قوله ووقف قضى بلزومه أولا) لانه بعد القضاء وان صار لازما

بالاجماع

و) الى (الحصاد) وهو قطع الزرع (و) الى (الدياسة والقطاف) والدياس والدياسة فى الطعام ان توطأ بقوائم الدواب والقطاف قطف العنب من الكرم (ولو كفل الى هذه الاوقات) التى لا يجوز تأخير الثمن اليها (صح وان أسقط الاجل) أى لو باع الى هذه الآجال ثم أسقط الاجل من له الاجل (قبل حلوله صح) خلافا لزفر والشافعى (ومن جمع) فى البيع (بين حر وعبد و) بين (شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) مطلقا سواء سمى لكل واحد منهما ثمنا ولم يسم عند ابى حنيفة وعندهما ان سمى لكل واحد منهما ثمنا صح فى العبد والشاة الذكية (وان جمع بين عبد ومدبر) أو مكاتب أو أم ولد (و) بين عبده وعبد غيره (و) بين (ملك ووقف

صح) البيع (فى القن وعبده والملك)
بالحصة من الثمن خلافا لزفر
*(فصل) *فى بيان أحكام البيع
الفاسد وحكم الشئ أثره فيتبع المؤثر
وحكم البيع الباطل انه ان هلك المبيع
فى يد المشترى فعند البعض يهلك
أمانة وعند البعض مضمونا بالقيمة
واما حكم البيع الفاسد ففى هذا
الفصل بيانه اذا (قبض المشترى
المبيع فى البيع الفاسد بأمر البائع
وكل (واحد) من عوضيه مال ملك)
المشترى مطلقا وان كان الامر
صريحا اولا بأن يقبض بحضرة البائع
فى مجلس العقد ولا ينهاه ملك

بالاجماع لكنه يقبل البيع بعدلزومه اما شرط الاستبدال على المفتى به من قول أبى يوسف اوبورود غصب عليه ولا يمكن انتزاعه نهر وهذا أى عدم تعدى الفساد من الوقف الى الملك على احدى الروايتين وهى الاصح وفى الرواية الاخرى يفسد فى الملك قيد بالوقف للاحتراز عن ضم المسجد الى الملك لان المسجد ليس بمال فيبطل البيع فيما ضم اليه زيلعى وقيده فى التجنيس بالعامر لان المسجد الخراب لوضم الى الملك لم يبطل فى الملك لجواز بيع المسجد اذا خرب فى أحد القولين فصار مجتهدا فيه كالمدبر بحر وفيه عن المحيط لو باع قرية ولم يستثن ما فيها من المقابر والمساجد الاصح الصحة فى الملك لان ما فيها من المقابر والمساجد مستثنى عادة (قوله صح فى القن الخ) فيه لف ونشر مرتب ومراده من الصحة النفوذ لا الانعقاد بدون النفوذ اذ لو كان مراده ذلك لما صح الاقتصار على القن والعبد والملك اذ بيع عبد الغير موقوف واذا تقرر ان المراد من الصحة النفوذ تعين ان يكون المراد من العبد فى كلامه عبده لا عبد غيره بقى أن يقال لو اقتصر على قوله صح فى القن والملك لكان اخصر لشمول القن العبد المضموم الى المدبر والعبد المضموم الى عبد الغير بل كان الاظهر ان يقول صح فى العبد والملك اذ لا ذكر للفظ القن فى الكتاب حموى عن شرح الشلبى (قوله خلافا لزفر) لان محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية فى المدبر ونحوه كام الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد فى المال فيفسد كالفصل الاول والفرق بين الفصلين لابى حنيفة مطلقا ولهما اذا لم يفصل الثمن ان المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينتقض فى حقه فيقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد وفى الفصل الاول الحر ونحوه لا يدخل فى البيع أصلا ولو جاز البيع فيما ضم اليه لكان بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحللة فيما اذا ضم اليها المحرمة فعقد عليهما جملة لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا بجهالة المهر والدليل على ان المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل فى البيع ان القاضى لو قضى بجواز بيع المدبر وأم الولد ينفذ وفى المكاتب ينفذ برضاه فى الاصح وفى عبد الغير باجازة مولاه وانما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم أنفسهم زيلعى

(فصـــل فى أحكام البيوع الفاسدة) (قوله وعند البعض مضمون بالقيمة أو المثل) واختاره السرخسى وغيره وهو قول الائمة الثلاثة وفى القنية انه الصحيح لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب نهر فيما سبق ولانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء (قوله قبض المشترى المبيع) ولو وكيلا والاصح ان التخلية ليست بقبض على ما فى المجتبى والعمادية وفى الخلاصة التخلية كالقبض فى البيع الفاسد وصححه فى الخانية وعم كلامه القبض الحكمى لما قدمناه من ان أمر البائع بالعتق قبله صحيح لاستلزامه القبض نهر (قوله فى البيع الفاسد) قيد به للاحتراز عن الباطل فانه لا يفيده واختلف فى بيع الوصى مال اليتيم بغبن فاحش أهو باطل أو فاسد وينبغى اجراء القولين فى استبدال الوقف بمسوغ بغبن فاحش وينبغى ترجيح الفساد فيهما لانه اذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف فان قلت قوله فى البحر وينبغى اجراء القولين فى استبدال الوقف فضلا عن ترجيحه القول بالفساد مخالف لما فى الشرنبلالية أول باب البيع الفاسد حيث قال لا خلاف فى بطلان بيع الوقف لانه لا يقبل التمليك والتملك وغلط من جعله فاسدا وأفتى به قلت ما فى الشرنبلالية محمول على ما اذا لم يكن لبيع الوقف مسوغ فلا يخالف ما ذكره فى البحر حينئذ (قوله بأمر البائع) شامل لما اذا باع مكرها وسلم مكرها فانه يثبت الملك مع ان الرضا منتف فى صورة الاكراه فانه ملجئا كان أو غيره يعدم الرضى غاية الامر ان غير الملجئ لا يفسد الاختيار فالشرط هو الامر لا الرضا ومن هنا تعلم ما فى عبارة الدرر من الايهام فلو قال كما فى الكنز بامر البائع بدلا عن قوله برضا بائعه لكان أولى شيخنا عن المولى عبد الحليم (قوله وكل من عوضيه مال) أى متقوم نهر وجرى عليه بعض الافاضل ووجهه بقوله ليخرج الخمر والخنزير لانهما مال لكنه غير متقوم وتعقبه شيخنا بان هذا غفلة عما ذكره العينى هنا عقيب قول المصنف قبض المشترى المبيع فى البيع

الفاسد حيث مثل له بقوله كالبيع بالخمر فالصواب ان يراد بالمال فى كلام المصنف الاعم من المتقوم وغيره وان أردت ايضاح ذلك فارجع الى الضابط الذى ذكره منلا مسكين الذى يمتاز به الباطل عن الفاسد واعلم ان التقييد بقوله وكل من عوضيه مال لاخراج البيع بالميتة وكل بيع باطل كالبيع مع نفى الثمن فانه باطل فى رواية جزم بها فى الهداية ما مع السكوت فاسد ويملك المبيع بالقبض موجبا القيمة وهذا اعنى قوله وكل من عوضيه الخ مستغنى عنه بقوله فى البيع الفاسد لان فساده لا يوجد بدون هذا الشرط لا يقال انه يوجد بدونه فى البيع المسكوت فيه عن الثمن لان أحد العوضين القيمة وهى مذكورة حكما فكان ماذكر من كونه مستغنى عنه متجها وأجيب كما فى النهر عن سعدى بأنه لما كان الفاسد يعم الباطل مجازا حقق اخراجه بذلك أى بقوله وكل من عوضيه مال وتعقبه الحموى بان من افراد الباطل مالا يخرج بهذا القيد وهو بيع الخمر والخنزير بالدراهم فانه باطل مع ان كلا من عوضيه مال وعلى هذا فلا بد من حذف هذا القيد لاقتضائه ان هذا الفرد من الباطل يكون فاسدا يملك بالقبض وليس كذلك انتهى (قوله ملك المبيع) أظهر فى محل الاضمار فلو قال ملكه لكان أولى واعلم ان ماذكره الشارح من انه ملك المبيع هو الاصح المختار وقيل انما يملك التصرف بتسليط البائع دون العين ولهذا لا يحل اكله ولا لبسه ولا وطء الامة فان فعل وجب العقر ولا شفعة للشفيع ووجه الاول ان الاب أو الوصى لو باع عبد الصغير بيعا فاسدا فأعتقه المشترى نفذ عتقه وهما لا يملكان الاعتاق ولا التسليط عليه وانما لم يحل الاكل ونحوه لما فيه من الاعراض عن الرد الواجب شرعا وفى القضاء بالشفعة تقرير الفساد نهر ومن فوائد قوله ملكه انه لو سرقه البائع قطع به قاله الحدادى تفقها الا على انه نقل المذهب كما فى البحر وهو مشكل ففى الظهيرية تزوجها البائع بعد قبض المشترى لم يجز وفى القنية لو لم يقبضها فزوجها البائع منه صح وهذا يقتضى قيام شبهة ملك له فعدم القطع بالقواعد اليق نهر ويستثنى من كلامه بيع الهازل فانه فاسد ولا يفيد الملك حموى ولهذا قال فى البحر ليس كل فاسد يملك بالقبض وأما بيع التلجئة فباطل كما فى القنية وبيع التلجئة كما نقله شيخنا عن الخانية عبارة عن أن يبيع المالك دارا مثلا من شخص بحسب الظاهر لا فى نفس الامر لا مر يخافه حتى لو تنازع المتعاقدان فاثبت البائع ماذكر فانه يقضى ببطلان البيع (تتمة) فى الدر عن الجوهرة وشرح المجمع لا شفعة بها أى بالدار التى اشتراها فاسدا ويخالفه ما فى الزيلعى لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار اخذها المشترى بالشفعة بقى أن يقال ماسبق من وجوب العقر بوطئها مقيد بما بعد الرد كما فى الشرنبلالية عن الكمال وبما اذا لم يستولدها لانه اذا استولدها صارت أم ولده ويغرم القيمة ولا يغرم العقر فى رواية وفى رواية عليه العقر أيضا كما فى الشرنبلالية عن غاية البيان ثم قال فى الشرنبلالية وأقول فى لزوم العقر تأمل لان ملك المشترى حاصل بتسليط من البائع سواء قلنا يملكه العين على الصحيح أو قلنا يملكه المنفعة فقط على رأى العراقيين انتهى (قوله سواء كان الامر صريحا أولا) يحمل على ما اذا كان قبل الافتراق أو بعده وكان قبل قبض الثمن أو بعده وكان مما يملك بالقبض فان كان بعد الافتراق قبل القبض أو بعده وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير فلابد من صريح الاذن زيلعى ففى اطلاق الشارح مؤاخذة ومن هنا يعلم ان قول العينى ولا بد من اذن صريح بعد الافتراق وقبله فى المجلس يكتفى بالدلالة غير صحيح على اطلاقه لما علمت من التفصيل (تتمة) أمر البائع أن يعمل فيه عملا ينقصه أولا كالقصارة والغسل بأجرة أو بغير اجرة فما كان ينقصه فهو قبض وما لا فلا وللبائع الاجر فى الوجهين هلك المبيع اولا ولو بر اخلطه البائع بطعام المشترى بأمره صار قابضا وعليه مثله نهر عن السراج وجامع الفصولين وفى قوله كالقصارة والغسل لف ونشر مشوش (قوله بقيمته) هذا اذا تعذر رده بموت أو غيره والواجب قبله انما هو رد العين والقول فى القيمة للمشترى مع اليمين والبينة للبائع نهر (قوله وبمثله) ففى كلام المصنف قصور وقال فى النهر قيل أراد بالقيمة البدل وعليه فلا قصور فى كلامه (قوله يوم القبض) لان به يدخل فى ضمانه فلا تعتبر زيادة قيمته كالمغصوب در (قوله يوم التلف) لانه

(المبيع بقيمته) فى ذوات القيم وبمثله
فى ذوات الامثال وتعتبر قيمته يوم
القبض وقال محمد تعتبر قيمته يوم
اتلافه

بالاتلاف يتقرر عليه ضمانه عيني (قوله وقال الشافعي لا يملكه الخ) لانه محظور فلا تنال به نعمة الملك ولان النهي ينسخ المشروعية لتناف بينهما ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كالبيع بالميتة ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده والنهي عن الامور الشرعية يقرر المشروعية لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك انما المحظور ما تصل به وصفا وعدم ثبوت الملك قبل القبض حذرا عن تقرير الفساد والميتة ليست بمال فانعدم الركن درر (قوله لان الملك لا يثبت الخ) لئلا يثبت له الملك بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد المتصل به فوجب الامتناع عن المطالبة أولى ولان السبب قد ضعف لاقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة (قوله والخنزير) صوابه والحر لان الخنزير مال حموي (قوله ولكل منهما فسخه) أي يجب على كل واحد منهما فسخه رفعا للفساد فاللام بمعنى على كما في قوله تعالى وان أسأتم فلها وارثه يخلفه ولا يشترط القضاء واذا اصر على امساكه وعلم به القاضي فله فسخه حقا للشرع نهر اطلقه فعم ما لو كان الفساد قويا بان كان في صلب العقد أو لم يكن بان كان بشرط زائد كالبيع الى أجل مجهول وهذا عندهما خلافا لمحمد في الثاني فان حق الفسخ لمن له منفعة الشرط دون من عليه كما سيذكره الشارح وفي القنية كل مبيع فاسد رده المشتري على بائعه بهبة أو صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه كاعارة واجارة وغصب ووقع في يد بائعه فهو متاركة وبرئ المشتري من ضمانه انتهى وكذا لو اشتراه وكيل البائع برئ المشتري اذا سلمه اليه وكذا لو رده الى البائع برهن وكذا في بيع موقوف بان غصب فباعه من رجل ثم اشتراه غاصبه بأقل مما باع يكون فسخا للبيع الاول والزيادة للمشتري لا للغاصب ولا لمالكه وعن محمد شراه بدراهم فاسدا ثم باعه بدنانير من بائعه يكون فسخا اذا قبض لا قبله كذا في جامع الفصولين وفيه ان المشتري فاسدا اذا وهب المشتري من غير بائعه أو باعه فوهبه ذلك الرجل الى البائع الاول وسلمه لا يبرأ المشتري عن قيمته لانه لم يصل اليه بالجهة المستحقة والاصل ان المستحق بجهة اذا وصل الى المستحق بجهة أخرى ان وصل من المستحق عليه يقع الحساب معتبرا والا فلا بحر فان قلت ما سبق عن القنية من قوله وغصب فيه تأمل اذ ما ذكر من رد المشتري على البائع لا يشمل صورة الغصب لعدم الرد فيه الا أن يقال أراد بالرد عليه وصول المبيع الى يد البائع مطلقا لا بقيد كونه في ضمن الرد عليه فان قلت ما المراد بالمشتري في قوله والزيادة للمشتري الخ قلت أراد به المشتري الاول الذي اشتراه من الغاصب بألف مثلا ثم اشتراه الغاصب منه بخمسمائة مثلا فان العقد الثاني يجعل فسخا للاول ويرد الغاصب ما بقي في يده من ثمنه الاول للمشتري وهذا هو المراد من قوله والزيادة للمشتري والدليل على ارادة المشتري الاول قوله لا لغاصبه ولا لمالكه (قوله بحضرة من الآخر) أي بعلمه رضي أم لا لان فيه الزامه فلا يلزمه بدون علمه فلورده المشتري للفساد فلم يقبله البائع فرده المشتري الى منزله فهلك ففي البحر عن القنية لا يلزمه الثمن ولا القيمة وقيده ابن سلام بان يكون الفساد متفقا عليه فان كان مختلفا فيه لا يبرأ الا بقبوله أو قضاء القاضي وقال أبو بكر الاسكاف يبرأ في الوجهين وما قاله ابن سلام اشبه فلو مات البائع وعليه دين آخر فالمشتري أحق به من الغرماء كما في الصحيح بعد الفسخ ولو مات المشتري فالبائع أحق من سائر الغرماء بماليته نهر عن البزازية وقيده شيخنا عن شيخه الشيخ شاهين بما اذا مات قبل القبض وأما بعده فهو كسائر الغرماء كما صرحوا بذلك في الحجر انتهى فان قلت اذا مات المشتري بعد قبض البائع لم يبق له شيء جهة الميت حتى يكون كسائر الغرماء فيه قلت يحمل على ما اذا كان الذي قبضه البائع وهو المسمى دون قيمته فيكون اسوة الغرماء فيما بقي له من تمام القيمة لان الواجب في البيع الفاسد انما هو القيمة لا الثمن هكذا ينبغي ان يفهم هذا والا فهو مشكل (قوله عند محمد) اقتصر عليه في الهداية وعلله في الذخيرة بأنه يقدر على اسقاط الشرط فيصح العقد نهر بقي أن يقال مقتضى قصر خلاف محمد على ما اذا كانت منفعة الشرط لاحد المتعاقدين انه لا خلاف له فيما اذا كانت المنفعة للمعقود عليه فتكون ولاية الفسخ لكل منهما حموي عن البرجندي (قوله وعندهما لكل واحد من المتعاقدين الفسخ) بعلم

وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه باذنه وانما قيد بقوله قبض لان الملك لا يثبت في البيع الفاسد بدون القبض وقيد بقوله بأمر البائع لانه لو قبضه بدون أمره لا يملكه وقيد بقوله وكل من عوضيه مال لانه ان لم يكن أحد العوضين مالا كالميتة والدم والخنزير لا يثبت الملك ثم هذا اذا لم يكن للبائع خيار (ولكل) واحد (منهما فسخه) قبل القبض بحضرة من الآخر وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد بأن باع عبدا بخمر أو خنزير وان كان الفساد بشرط زائد بأن باع الى أجل مجهول فحق الفسخ لمن له الشرط دون من عليه عند محمد وعندهما لكل واحد من المتعاقدين الفسخ (الا ان يبيع المشتري قبل) الفسخ

صاحبيه في الكل عند الامام خلافا لابي يوسف فيما اذا كان بعد القبض وكان الفساد لمعنى في أحد البدلين كبيع درهم بدرهمين ففيه يجوز بغير علم الآخر نهر (قوله الا ان يبيع المشتري فيمتنع الفسخ) لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته واطلاقه يعم ما اذا لم يقبضه المشتري لكنه مقيد بقيود الاول ان لا يكون فيه خيار شرط الثاني ان يكون صحيحا فلو كان فاسدا لم يمتنع الفسخ الثالث ان يكون من غير بائعه فلو باعه منه كان نقضا للاول وشرط في المحيط ان يقبضه البائع ولم يشترطه قاضيخان وجزم به في البزازية وأفاد فيها ان الفساد لو كان للاكراه تنقض تصرفات المشتري كلها بخلاف سائر البياعات الفاسدة والمستأجر فاسدا يملك الاجارة بعد القبض صحيحة هو الصحيح لان للمؤجر نقض الثانية لا بالفسخ بالاعذار نهر (قوله او يهب المبيع ويسلمه) او يتصدق به او يرهنه لما قلنا والحاصل ان تصرفاته كلها نافذة فيه ينقطع بها حق البائع في الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل الفسخ أو لا يقبله الا الاجارة والنكاح لانها تفسخ بالعذر وفساد الشراء عذر والنكاح بعد الفسخ يبطل في قول أبي يوسف هو المختار كما في الولوالجية خلافا في الزيلعي من انه يبقى بعد الفسخ قول محمد ولو زال المانع كان رد المبيع بقضاء او رجع الواهب ولو بغير قضاء أو فك الرهن او عجز المكاتب عاد حق الفسخ هذا اذا كان قبل القضاء بالقيمة على المشتري أما بعده فلا يعود نهر واعلم ان المهر للمشتري ان كان قد دخل بها في ملكه وان لم يدخل بها حتى ردت على البائع فللبائع شيئا (قوله او يحرر) ومثل التحرير توابعه من التدبير والكتابة والاستيلاد وكذا الوقف الصحيح كما جزم به الخصاف لانه استهلكه حين وقفه وأخرجه عن ملكه وما في جامع الفصولين من انه اذا وقفه او جعله مسجدا لا يبطل حق الفسخ ما لم يبن ضعيف در ونهر (قوله او يبني) شروع فيما يمنع حق الاسترداد من الافعال الحسية بعد الفراغ من القولية وكذا كل زيادة متصلة غير متولدة كصبغ وخياطة وطحن حنطة ولت سويق وغزل قطن وجارية علقت منه فلو منفصلة كولد أو متصلة متولدة كسمن فله الفسخ ويضمنها بالاستهلاك سوى منفصلة غير متولدة وفي جامع الفصولين لو نقص في يد المشتري بفعل المشتري أو المبيع او بآفة سماوية أخذه البائع مع الارش ولو بفعل البائع صار مستردا ولو بفعل أجنبي خير البائع ان شاء أخذه من المشتري وهو يرجع على الجاني وان شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري كالغصب واعلم انه في الدر لم يحك خلافا في كون الصبغ يمنع حق الاسترداد وهكذا في النهر لكن ذكر الزيلعي أنه روي عن محمد ان البائع بالخيار ان شاء أخذه وأعطى ما زاد فيه الصبغ وان شاء ضمنه قيمته كما في الغصب انتهى (قوله وعندهما يقلع البناء الخ) لان حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير ولا يورث بخلاف حق البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبناء والغرس فهذا أولى وله ان البناء والغرس حصل بتسليط البائع وهما مما يقصد به الدوام فينقطع حقه في الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يسقط ببيع المشتري وهبته فكذا ببنائه زيلعي (قوله ويأخذ الشفيع الخ) لانقطاع حق البائع بالبناء عنده وبانقطاعه تجب الشفعة بخلاف ما قبل البناء حيث لا شفعة فيها لعدم انقطاع حق البائع (قوله بقيمتها) وكذا اذا باعه المشتري يأخذه بالقيمة ان اختار الاخذ بالبيع الاول ونقض الثاني وان شاء أخذه بالبيع الثاني بثمنه لانه بيع صحيح فامكن ايجاب ثمنه فاذا أخذه هنا بالشفعة نقض البناء والغرس كما يفعل في البيع الصحيح ولا يقال اذا نقض الشفيع البناء عاد حق الاسترداد لزوال المانع لانا نقول ينقضه بعد ما دخل في ملكه وملكه مانع من الاسترداد زيلعي (قوله وعندهما لا شفعة) لان بناء المشتري لا يقطع حق البائع عندهما (قوله وله ان يمنع المبيع بعد الفسخ الخ) اعتبارا للفاسد بالجائز اذ اتفاقا وعلى هذا الاجارة والرهن الفاسدان وان مات البائع او المؤجر او الراهن فالمشتري والمستأجر والمرتهن أحق بما في يده من العين ويقدم على تجهيزه وغرمائه عيني الا ان الرهن مضموم بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطى فما فضل فللغرماء نهر عن الفتح وقوله بقدر ما أعطى مخالف

(أو يهب) المبيع (أو يحرر أو يبني) أي او بنى في دار اشتراها شراء فاسدا أو اتخذها مسجدا عليه قيمتها وينقطع حق الاسترداد عند أبي حنيفة وعندهما يقلع البناء ويرد الدار على صاحبها او يأخذ الشفيع بقيمتها عند أبي حنيفة وعندهما لا شفعة فيها والغرس على هذا الخلاف (وله) أي للمشتري (ان يمنع المبيع عن البائع) بعد الفسخ

لما في العناية حيث قال والمبيع مضمون بجميع قيمته انتهى (قوله حتى يأخذ الثمن) أي المنقود لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن فان كان قائما أخذ عينه لتعين الدراهم في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كان مستهلكا أخذ مثله بحر عن الهداية ولو لم يكن منقودا كما اذا اشترى من مديونه عبدا بدين سابق شراء فاسدا وقبضه بالاذن فأراد البائع أخذه بحكم الفساد فليس للمشتري حبسه لاستيفاء ماله عليه من الدين والاجارة والرهن الفاسدان على هذا فله ان يسترد العبد قبل ايفاء الاجرة وليس للمستأجر الحبس بها وكذا للراهن استرداد الرهن قبل ايفاء ما كان للمرتهن من الدين ولا يملك المرتهن حبسه به بخلاف ما اذا كان العقد صحيحا في الابواب الثلاثة والفرق ان البيع اذا أضيف الى الدراهم لا يتعلق بعين تلك الدراهم وانما يتعلق بمثلها في الذمة جائزا أو فاسدا الا ان في الجائز يثبت الملك في الثمن بمجرد العقد فاذا وجب للمديون على المشتري مثل الدين صار الثمن قصاصا الاستوائهما قدرا ووصفا فيصير البائع مستوفيا دينه بطريق المقاصة فاعتبر بما لو استوفاه حقيقة وتم للمشتري حق حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن كذا هنا وفي الفاسد لم يملك الثمن بل تجب قيمة المبيع عند القبض والقيمة قبل القبض غير متقررة لاحتمال السقوط كل ساعة بالفسخ ولان القيمة قد تكون من جنس الدين وقد لا تكون ودين المشتري على البائع متقرر والمقاصة انما تكون عند استواء الواجبين وصفا ولهذا لا تقع المقاصة بين الحال والمؤجل ولا بين الجيد والردي فاذا لم تقع المقاصة لم يصر البائع مستوفيا الثمن أصلا فلا يكون للمشتري حق حبس المبيع بعد فسخ البيع شرح الوافي للمصنف فان قلت في قوله بخلاف ما اذا كان العقد صحيحا في الابواب الثلاثة تامل اذ كيف تثبت ولاية الاسترداد للبائع والمؤجر والراهن اذا كان البيع والاجارة والرهن صحيحا لان صحة هذه العقود مانعة من الاسترداد قلت لم أر شيئا في ذلك والظاهر ان ذلك انما يتصور بعد الاقالة فتدبر (قوله وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري) أي لو اشترى شيئا يتعين بالتعيين بما لم يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل واحد منهما طاب للبائع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في المبيع لان العقد يتعلق بما يتعين فيتمكن الخبث فيه ولا يتعلق العقد الثاني بما لا يتعين بل يجب مثله في الذمة فلا يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصدق به هذا في الخبث الذي لفساد الملك وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها المرتهن فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد كالمودع والغاصب اذا تصرف في العرض او النقد وربح تصدق بالربح عند أبي حنيفة ومحمد زيلعي ودرر ومعنى قوله في الدرر وربح أي فضل ربح بعد ان أديا ضمانهما كما في النهر أي ادى المودع والغاصب ضمان العرض والنقد وفي هذا المقام كلام يعلم بمراجعة الدرر والعناية تركناه خوف الاطالة (قوله طاب له ربحه) لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بتصادقهما ولا خلله ثم ظهر بالتصادق انه لا دين عليه وبدل المستحق مملوك ألا ترى انه لو باع عبدا بجارية فأعتقه المشتري ثم استحقت الجارية لا يبطل العتق في العبد ولولا انه مملوك لبطل وكذا اذا حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبد الغير بذلك الدين ثم استحق العبد لا يحنث وفي الفتح لو تعمد الكذب في دعواه الدين لا يطيب له ربحه لعدم ملكه أصلا وقواه في النهر (قوله وكره النجش) ألحقه بالفاسد لكون الكراهة في هذه المواضع تحريمية وأخره لانه أدنى حالا منه في فساد العقد لان الفساد فيه لمعنى لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة فكان صحيحا وهذا أي ما ذكره من الكراهة محمول على ما اذا كان الطالب يطلبها بقيمتها فان طلبها بما نقص لا بأس بان يزيد الى ان تبلغ قيمتها نهر ولو أبدل قوله لان الفساد الخ بقوله لان الكراهة فيه لمعنى لا في صلب العقد الخ لكان أولى (قوله والسوم على سوم غيره) ولو ذميا او مستأمنا وذكر الاخ في الحديث ليس قيدا بل لزيادة التنفير درر عن النهر وكذا ذكر الاخ في حديث النهي عن الغيبة ليس قيدا أيضا فغيبة الذمي كالمسلم لكن ما سبق من قوله أو مستأمنا ذكره في النهر بلفظ ينبغي (قوله لان هذا بيع من يزيد) دليل جوازه ما ورد من انه عليه السلام أتاه رجل من الانصار يسأله صدقة فقال أما في

(حتى يأخذ) المشتري (ثمنه) اي من البائع (وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري) أي لو اشترى أمة شراء فاسدا بألف درهم وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما في يده طاب للبائع ما ربح من الثمن ولا يطيب للمشتري ما ربح فيها بل يتصدق بالربح (ولو ادعى) شخص (على) شخص (آخر دراهم فقضاها اياه) وتصرف القابض فيه وربح (ثم تصادقا ان لا شيء عليه طاب له) اي للمدعي (ربحه وكره النجش) بفتحتين وهو ان تستام السلعة بازيد من ثمنها وانت لا تريد شراءها بل ليراك الآخر فيقع فيه وكذلك في النكاح وغيره وروي بالسكون أيضا كذا في المغرب (و) كره (السوم على سوم غيره) وهو ان يزيد في الثمن بعد تقرره لارادة الشراء وهذا اذا رضي العاقدان على ثمن فاما اذا ساومه بشيء ولم يركن احدهما الى صاحبه فلا بأس للغير ان يساومه ويشتريه لان هذا بيع من يزيد ولا بأس به (و) كره (تلقي الجلب) يقال جلب الشيء اذا جاء به من بلد الى بلد (وهو) ان يخرج ان يكون

بيتك شئ فقال بلى حلس ألبس بعضه وابسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء فقال ائتنى بهما فأخذهما عليه الصلاة والسلام وقال من يشترى هذين فقال رجل انا آخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين اوثلاثا فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما اياه نهر والحلس بالحاء المهملة المكسورة وفى الصحاح الحلس للبعير كساء رقيق يكون تحت البرذعة وحكى أبوعبيد حلس وحلس مثل شبه وشبه وفى الحديث كن حلس بيتك أى لاتبرح (قوله جمع الجالب) وهومن يجلب النعم من موضع الى موضع للبيع وقد يتوسع فيه فيطلق على من يجلب الاقوات الى البلد ابن حموى عن البرجندى (قوله الا اذا لبس السعر على الواردين) حاصله انه اذا لبس السعر كره مطلقا ضر بأهل البلد ام لا وان لم يلبس ينظر ان ضر بأهل البلد كره أيضا والا فلا (قوله وهو يبيع من اهل البدو) قلت فعلى هذا تكون اللام فى قول المصنف للبادى بمعنى من حموى (قوله وقيل صورته الخ) هذا التفسير هو الاصح كما فى المجتبى ولهذا عدى باللام لابمن در (قوله وعند أذان الجمعة) للنهى عنه ولان فيه اخلالا بواجب السعى ولهذا قال أبواليسر لو تبايعا وهما يمشيان فلابأس به وتبعه فى الدرر واستشكله الزيلعى بان الله سبحانه وتعالى نهى عن البيع مطلقا فمن جوزه فى بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلايجوز قال فى الحواشى السعدية وفيه بحث ولعل وجهه ان النهى حيث كان معللا بالاخلال بالسعى فاذا انتفى انتفى نهر وقد خص منه من لاجمعة عليه در واعلم ان الآية ليس فيها نهى وانما فيها الامر بترك البيع لكن لما كان الامر بتركه مستلزما للنهى عنه أطلق الامر على النهى حموى (قوله والمعتبر الاذان الاول) على المختار زيلعى (قوله ولايفرق البائع) يعنى المسلم حرا كان أومكاتبا ومأذونا له فى التجارة بخلاف الكافر لان الكفار غير مخاطبين بالشرائع زيلعى عبر بالنفى مبالغة فى المنع اذ قد ورد عن أبى موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالدة وولدها وبين الاخ وأخيه والمراد التفريق ببيع أوهبة اوقسمة ميراث اوغنيمة اووصية فيجوز باعتاق وتوابعه ولوعلى مال او ببيع ممن حلف بعتقه اوكان بحق كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين اوباتلاف مال انسان أورده بالعيب ومن التفريق بحق مافى البحر عن المبسوط ذمى له عبد له امرأة امة فولدت منه فأسلم العبد وولده صغير فانه يجبر على بيع العبد وابنه وان كان تفريقا بينه وبين أمه وكذا لا بأس بالتفريق اذا لم يجتمعا فى ملكه بان كان أحدهما لطفله اولمكاتبه وكما يكره التفريق ببيع يكره بشراء الا من حربى تنوير وشرحه وان تعدد محارمه وأحدهما اقرب كام مع خالة اوعمة لم يعتد بالابعد وان استووا فى الدرجة والجهة كعمتين اوخالتين شقيقتين اولاب اولام يكتفى باحدهما معه وان اختلفت الجهة كأب وأم اواخت لاب وأخت لام لم يبع واحدا منهما الا ان له بكل واحد منهما استئناسا خلاف الاستئناس بالآخر واعلم ان البيع ينفذ فى الكل لان النهى لغيره وهو مافيه من ايحاش الصغير والاضرار بأهل البلد أو بالواردين اذا لبس السعر عليهم ونحو ذلك فلايوجب الفساد وعن أبى يوسف انه يفسد البيع فى قرابة الولاد ويجوز فى غيره وعنه انه يفسد فى الجميع زيلعى (تتمة) يصح شراء كافر مسلما اومصحفا مع الاجبار على اخراجهما عن ملكه در (قوله وذى رحم محرم) سواء كان صغيرا اوكبيرا نهر وسواء كان كافرا اومسلما او احدهما مسلم والآخر كافر مفتاح وهذه الكراهة تمتد الى البلوغ وقال بعض مشايخنا اذا راهق الصغير ورضيا ان يفرق بينهما لا بأس بذلك حموى عن البرجندى (قوله فلايدخل فيه محرم الخ) لان المراد بذى الرحم المحرم ما كانت القرابة فيه مؤيدة بالمحرمية (قوله بخلاف الكبيرين والزوجين) لانه ليس فى معنى ماورد فيه النص على خلاف القياس فلايلحق به والحاصل ان النص ورد فى منع تفريق صغير عن ذى رحم محرم منه فالكبيران والزوجان ليسا فى معنى المنصوص عليه فيجوز تفريقهما ولايجوز ان يثبت فيهما المنع الحاقا بالمنصوص عليه بالدلالة لان النص ورد على خلاف القياس فلايلحق به غيره بالدلالة وقد صح ان المقوقس القبطى أهدى له صلى الله عليه وسلم مارية وسيرين بفتح السين المهملة وبغلة وكانتا أختين ففرق صلى الله عليه وسلم بينهما حيث تسرى بمارية

جمع الخادم جمع الجالب كالخدم جمع الخادم ويحتمل ان يكون بمعنى المجلوب اذا قرب كالنثر بمعنى المنثور فالمجلوب اذا قرب من بلد تعلق به حق العامة فيكره ان يستقبله البعض ويشتريه ويمنع العامة عن شرائه وهذا انما يكره اذا كان يضر بأهله البلد وان كان لا يضر بأهل البلد فانه لايكره الا اذا لبس السعر على الواردين واشترى منهم بأرخص من سعر المصر وهم غير عالمين به فحينئذ يكره (و) كره بيع (الحاضر للبادى) هذا اذا كان أهل البلد فى قحط وهو يبيع من أهل البدو رغبة فى الثمن الغالى وقيل صورته ان يجيء البادى بالطعام الى مصر فيتوكل الحاضر للبادى ويبيع الطعام ويغلى السعر على الناس فانه منهى عنه (و) كره (البيع عند أذان الجمعة) وبعده الى ان تتم الجمعة والمعتبر الاذان الاول بعد الزوال (لا بيع) أى لايكره (بيع من مزيد ولايفرق) البائع (بين صغير وذى رحم محرم منه) فلايدخل فيه محرم غير قريب كالرضاع والمصاهرة ولا قريب غير محرم كاولاد العم والعمات (بخلاف الكبيرين والزوجين) مطلقا سواء كانا صغيرين أولا فانه لايكره تفريقهما

واعطى لحسان الاخرى كذا فى حاشية نوح أفندى ووجد معزيا للمناهيه مانصه قد تنزل التثنية والجمع منزلة المفرد والتثنيتان والجمعان منزلة المثنى والجمع فيرجع اليه ضمير التثنية ومن الاول قولهم التكبيران والزوجان ليسا فى معنى المنصوص عليه فيجوز تفريقهما والقياس ليس وفى معنى المنصوص فيجوز تفريقهم ومن الثانى قولهم البلاد والقصبات لاتجوز الجمعة فيهما والقياس فيها قال الله تعالى أولم ير الذين كفروا ان السموات والارض كانتا رتقا ففتقناهما والقياس كانت رتقا ففتقناها انتهى والذى يظهر ان يقال بدل قوله قال الله تعالى وقول الله أى ومن الثانى قول الله تعالى الخ (تتمة) فسخ المكروه واجب على كل منهما بضا صونا لهما عن المحظور نهر عن النهاية ويخالفه مافى الدرر من قوله ولايجب فسخه لان وجوبه فى الفاسد لرفع الحرمة ولا حرمة ههنا انتهى وذكر نوح أفندى من باب الاقالة عن فتح القدير ان وجوب الفسخ هو الحق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان انتهى واعلم ان الفرق بين المكروه والفاسد من وجهين كما فى الدرر الاول ان الملك فى المكروه يثبت قبل القبض لما مر من ان عدم ثبوت الملك قبل القبض فى الفاسد حذار تقرير الفساد المجاور ولا فساد ههنا الثانى اذا هلك المقبوض فى يد المشترى يجب الثمن لان وجوب المثل أو القيمة فى الفاسد لكونه فى حكم الغصب وهنا ليس كذلك انتهى

(باب الاقالة)

(باب الاقالة) وهى فى اللغة رفع واسقاط

ندب اليها بما يوجب التحريض عليها اخبارا أو دعاء عناية وقوله بما يوجب التحريض عليها يعنى به ما ورد من قوله عليه السلام من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيمة والبيعة هى البيع نوح أفندى والعثرة الزلة وقد عثر فى ثوبه يعثر عثارا بالكسر يقال عثر به فرسه فسقط وعثر عليه اطلع وبابه نصر ودخل مختار صحاح وركنها الايجاب والقبول بلفظين ماضيين كالبيع عند محمد وهو المختار كما فى الخلاصة واعتبرها أبو يوسف بالنكاح فقال تنعقد بلفظين ماضيين او احدهما مستقبل كاقلنى فقال اقلتك وهو مشكل لانه يقول انها بيع كما سيجئ والبيع لا ينعقد بذلك وجوابه انه انما لم يعطها حكمه لان المساومة لاتجرى فيها فحمل اللفظ أى لفظ الامر على التحقيق بخلاف البيع نهر وتنعقد بالتعاطى ولو من أحد الجانبين هو الصحيح كما فى البزازية خلافا لما فى السراجية درر ويشترط لها رضا المتعاقدين لان الكلام فى رفع عقد لازم وأما رفع ما ليس بلازم فلمن له الخيار بعلم صاحبه لا برضاه بحر واعلم ان التقييد بلزوم العقد يخرج الفاسد والمعيب ولهذا قال فى خزانة المفتين ان الرد فى البيع الفاسد وفى المعيب يمنع الاقالة ويشترط بقاء المحل قابلا للفسخ فلو زاد زيادة تمنع الفسخ لم تصح خلافا لهما حموى ونهر والزيادة التى تمنع الفسخ زيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبغ والخياطة ومنفصلة متولدة كالولد والثمر شيخنا وكذا يشترط اتحاد المجلس وفرع عليه فى البحر مافى القنية جاء الدلال بالثمن الى البائع بعد ما باعه بالامر المطلق فقال البائع لا أبيعه بهذا الثمن فاخبر به المشترى فقال أنا لا اريده أيضا لا ينفسخ لانه ليس من الفاظ الفسخ ولان اتحاد المجلس فى الايجاب والقبول شرط فى الاقالة ولم يوجد انتهى ويشترط قبض بدلى الصرف فى اقالته وان لا يهب البائع الثمن للمشترى قبل قبضه درأى قبل قبض الثمن شيخنا وان لا يكون باكثر من القيمة فى بيع مأذون ووصى ومتول وان لا يكون باقل منها فى شرائهم نهر وتصح اقالة المتولى ان خيرا للوقف والا لا والاصل ان من ملك البيع ملك اقالته الا فى خمس الثلاثة المذكورة والوكيل بالشراء قيل وبالسلم ولا اقالة فى نكاح وطلاق وعتاق وابراء در قال وتجب فى عقد مكروه وفاسد بحر وفيما اذا غره البائع يسيرا نهر بحثا فلو فاحشا فله الرد انتهى ولم يظهر لى وجه وجوب الاقالة فيما اذا غره البائع يسيرا ولعل الوجوب بالنسبة للبائع بمعنى ان المشترى اذا طلب منه الاقالة يجب ان يقبله لرفع معصية الغرور وفى كون الاقالة

ثبت فى الفاسد نظر ووجهه ان الاقالة يشترط لها رضا المتعاقدين وهو ليس بشرط فى فسخ الفاسد لما سبق من ان لكل منهما فسخه بدون رضا الآخر وقدمنا ان للقاضى فسخه ايضا جبرا عليهما والعجب من صاحب البحر حيث ذكر أولا ان الاقالة يشترط لها رضا المتعاقدين ولو فى المكروه بخلاف الفاسد حيث لا يتوقف الفسخ فيه على التراضى لتحققه اما من أحدهما أو من القاضى جبرا ثم ذكر ما ينافى هذا بقوله ان الاقالة تشمل كل عقد صحيحا كان أو مكروها أو فاسدا ثم ظهر لى ما به يندفع التنافى بان يقال ما ذكره من شمول الاقالة للفاسد ليس هو باعتبار معناها الشرعى بل باعتبار معناها اللغوى الذى هو مطلق الفسخ والرفع لا بقيد كونه مع التراضى دل على ذلك قوله فاشترك المكروه والفاسد فى وجوب الرفع اه يعنى الرفع مطلقا (قوله وفى الشرع عبارة عن رفع العقد) فلهذا أخرها عنه لان رفع الشئ يستدعى سابقة وجوده والمراد عقد البيع والاجارة ونحوهما وقصره فى النهر وغيره كالتنوير والدرر على الاول وكانه لخصوص المقام ولا يتعين فى الاقالة بالقول لفظها حتى لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت أو اجزت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا فى فور قول المشترى أقلتك وتنعقد بفاسختك وتاركتك كذا ذكره الكمال ولو أبدل قوله فى فور قول المشترى الخ بقوله فى مجلس المشترى لكان أولى فان قلت يخالفه ما فى الجوهرة حيث قال ولا تصح الا بلفظ الاقالة حتى لو قال البائع للمشترى بعنى ما اشتريت منى بكذا فقال بعت فهو بيع بالاجماع فيراعى فيه شرائط البيع انتهى قلت قال فى الشرنبلالية ليس المراد حصر جوازها بلفظ الاقالة دون المتاركة أو الدلالة بل الاحتراز عن عدم حصولها بلفظ البيع انتهى (قوله وقيل انه مشتق الخ) أى فعل الاقالة شيخنا (قوله واقسط) أى زال الجور ومنه أشكى اذا أزال شكواه زيلعى (قوله وهو غلط الخ) ولان قلته بضم القاف من القول لا يعمل الا فى جملة أو مفرد يؤدى معنى الجملة وأصله أى اصل قلت بضم القاف قولت بالفتح ولا يجوز ان يكون بالضم لانه يتعدى كما فى الصحاح لكنه عند اتصال ضمير المتكلم به نقل الى باب فعل دلالة على العين المنقلبة الفا ثم نقلت ضمة العين الى الفاء وحذفت العين لالتقاء الساكنين شيخنا (قوله لانهم قالوا قلت) يعنى بكسر القاف وان كان قليلا والكثير أقلته نهر وهو يدل على ان عينه ياء ولو كان من القول لقيل قلته بالضم وقد قالوا قاله البيع قيلا وهذا أدل من الاول زيلعى وأصل قال قيل قلبت الياء الفا فصار قال وعند اتصاله بضمير المتكلم نقل فعل بفتح العين من اليائى الى فعل بالكسر دلالة عليها ونقلت الكسرة الى الفاء وحذفت العين لالتقاء الساكنين شيخنا (قوله هى فسخ فى حق المتعاقدين مطلقا) أى قبل القبض وبعده أما انها فسخ قبل القبض فبالاجماع وأما بعده فهو قول الامام الا اذا تعذر بان ولدت المبيعة يعنى بعد القبض فتبطل نهر لان الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل تمنع الرد وأما ولادتها قبل قبض المشترى فلا تمنع صحة الاقالة عنده كذا بخط شيخنا ثم فائدة كونها فسخا تظهر فى مسائل لا تبطل بالشروط الفاسدة الا انه لا يصح تعليقها بالشرط ولو باع المبيع منه ثانيا بعدها قبل القبض جاز وكذا لو وهبه منه بخلاف ما لو باعه من غير المشترى حيث لا يجوز لانه بيع جديد فى حق غيرهما درر ولو كان المبيع مكيلا فقبضه بعدها من غير كيل جاز وعليه رد الثمن الاول وتسمية غيره باطلة وهذا فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من غير شرط أما اذا لم يكن منها بل وجب بشرط زائد فالاقالة فيه تعتبر بيعا فى حق المتعاقدين أيضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا عاد الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا ادعاه رجل بعد الاقالة وشهد المشترى بذلك لم تقبل كانه هو الذى باعه ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخا لقبلت الا ترى ان المشترى لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع آخر وشهد المشترى بذلك تقبل شهادته اذ بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشترى لكونه فسخا من كل وجه نهر عن الزيلعى قال وفى الصغرى لو رد المبيع بعيب بقضاء عاد الاجل كما كان ولو كان به كفيل لا تعود الكفالة انتهى واعلم ان مقتضى قول أبى يوسف ان الاقالة بيع ان لا يجوز قبض المكيل

وفى الشرع عبارة عن رفع العقد وقيل انه مشتق من القول وهمزته للسلب أى أزال القول السابق كما فى قسط واقسط أى أزال الجور وهو غلط لانهم قالوا قلت البيع واقلته (هى فسخ فى حق المتعاقدين) مطلقا

اوالموزون قبل اعادة كيله او وزنه بحرعن البدائع فان قلت ماثمرة الاختلاف فى جوازالقبض بدون اعادة كيله أووزنه قلت لم أرذلك و ينبغى ان تظهرثمرته فيما اذاباعه البائع بعد القبض قبل اعادة الكيل أوالوزن فعندهما يجوزالبيع لصحة القبض وعندأبى يوسف لايجوزلعدم جوازالقبض فكان بيع المنقول قبل قبضه ثم رأيت فى الدر رما يشيرالى ذلك لكن لم يحك خلاف أبى يوسف (قوله بيع فى حق ثالث) هذاباتفاق الثلاثة وجعلهازفررحمه الله تعالى فسخافى حق الكل نهرعن السراج وفائدته تظهرفى مسائل منها ما اذاكان المبيع هبة فى يدالبائع فباعه الى آخرماسيأتى فى كلام الشارح عن شرح الطحاوى ومنها اذا كان المبيع عقارا وله شفيع سلم يقضى بها بعدالتقايل ولوباعه من آخرثم تقايلا واطلع على عيب كان فى يد بائعه ليس له الرد ومافى العينى من قوله باع المشترى المبيع من الآخروقبضه أولم يقبضه الخ قال شيخنا فيه تأمل اذ الاقالة قبل القبض فسخ فقط لابيع باتفاق الامام وصاحبيه اه ولولم ينقداليه الثمن حتى باعه ثم تقايلا جازله بيعه منه أى من البائع الاول باقل من الثمن الاول ولواشترى بعرض التجارة بعدالحول عبدالخدمة فرده بعيب بغير قضاء واسترد العرض فهلك لم تسقط الزكاة لانه بيع جديد فى حق ثالث وهوالفقيرلان الرد بعيب بغير قضاء اقالة درر وقيد العبد بكونه للخدمة لانه لو كان للتجارة لايكون الشراء استهلاكا كماقال فى الخانية واستبدال مال التجارة بمال التجارة ليس باستهلاك وبغير مال التجارة استهلاك واستبدال السائمة بالسائمة استهلاك واقراض النصاب بعدالحول ليس باستهلاك وان توى المال على المستقرض وكذا لوأعارالثوب أى ثوب التجارة بعدالحول بحرويزادمامر من ان قبض بدلى الصرف شرط لصحة الاقالة فيجعل من حق الشرع كبيع جديد نهرعن النهاية ويزاد أيضا مانقله السيد الحموى عن ابن فرشته وهوما اذا اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا البيع نزل هذا التقايل منزلة البيع فى حق ثالث حتى لايكون للبائع الاول وطؤها الابعدالاستبراء اه لان وجوب الاستبراء حق الله تعالى فالله ثالثهما درعن صدرالشريعة قال فى النهر وسئلت عن الاقالة بعدالرهن فاجبت بانها موقوفة كالبيع أخذامن قولهم انها بيع جديد فى حق ثالث وهوهنا المرتهن وعلى هذا لوآجره ثم تقايلا انتهى فالاقالة بعد الرهن موقوفة على اجازة المرتهن أوقضاء الراهن دينه وبعدالاجارة موقوفة على اجازة المستأجران أجاز نفذت والابطلت كذابخط شيخنا (قوله بعدالقبض) فلو كانت الاقالة قبله فهى فسخ فى حق الكل فى غير العقارلتعذرجعلها بيعا زيلعى لان بيع غيرالعقارقبل قبضه لايجوز واعلم ان بيع المنقول قبل قبضه فاسد اتفاقا ولومن البائع لان فيه غررانفساخ العقد الاول فيتبين انه باع مالا يملك شيخنا (قوله بان ولدت المبيعة بعدالقبض) أوهلك المبيع فى غيرالمقايضة فتبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذالزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ ولا يتصورالفسخ بعدهلاك المبيع فتبطل زيلعى (قوله هذاعندأبى حنيفة) لانها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل فى الكلام ان يحمل على حقيقته ولا تحتمل ابتداء العقد أصلا لتحمل عليه عند التعذر ولهذا لوأراد به ابتداء العقد لايصح ولو كان محتملا له لصح وانمالايصح لانه ضده واللفظ لايحتمل ضده وكونه بيعا فى حق ثالث أمرضرورى لانه يثبت به مثل حكم البيع وهوالملك لابمقتضى الصيغة فحمل عليه فى حق غيرهما العدم ولايتهما عليه زيلعى فاسم الاشارة من قول الشارح هذاعندأبى حنيفة يرجع لماذكره من ان الاقالة ان لم يمكن حملها على الفسخ تبطل ولا تحمل على البيع خلافا لمحمد (قوله وعندأبى يوسف الخ) لانها تمليك من الجانبين بعوض مالى بالتراضى وهو البيع والعبرة للمعانى دون الالفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة ولهذا تبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب ويتجدد بها حق الشفعة وهذه احكام البيع الااذا تعذر فتجعل فسخا لانها موضوعة له أوتحتمله زيلعى والخلاف المذكور انما هو فيما اذا وقعت بلفظها أما بلفظ الفسخ أوالرد اوالترك فانها لاتكون بيعا وفى بعض نسخ الزيلعى فانها لاتكون فسخا وهوسبق قلم وفى السراج الوهاج اذا كانت بلفظ البيع كانت بيعا اجماعا بحر (قوله وقال محمد الخ) لمحمد ان اللفظ وضع للفسخ والرفع

(بيع جديد فى حق ثالث) بعد القبض الا ان لايمكن جعلها فسخا بان ولدت المبيعة فتبطل هذا عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف هى بيع جديد الا ان لايمكن جعلها بيعا بان كان المبيع منقولا ولم يقبضه فيجعل فسخا الا ان لايمكن ان يجعل بيعا وفسخا بان تقايلا فى المنقول قبل قبضه على خلاف جنس الثمن الاول فتبطل وقال محمد هى فسخ

يقال اللهم اقلني عثرتي فيعمل بمقتضاه واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا في حق ثالث لعدم ولايتهما عليه زيلعي (قوله الا اذا تعذر جعلها فسخا) بان تقايلا باكثر من الثمن الاول او بخلاف جنسه اوولدت المبيعة بعد القبض فبيع الا ان تعذر بان كان قبل القبض باكثر من الثمن الاول فتبطل بحر (قوله وفائدته) اى فائدة كونها بيعا جديدا شيخنا (قوله ان المبيع لو كان هبة الخ) كذا في شرح الدرر وهي عبارة الزيلعي بعينها ولا يذهب عليك ما في ذكر المبيع من الركاكة والصواب بدء المسئلة بالهبة كما وقع في الجوهرة حيث قال لو وهب لرجل شيئا وقبضه ولم يعوضه حتى باعه الموهوب له الخ نعم أصاب صاحب الدرر في وضع متنه فان قوله وليس للواهب الرجوع خال عن تلك الركاكة عزمي زاده وأقول لا حاجة للتصويب اذ لا مانع من انه أطلق اسم المبيع عليه نظرا الى ما آل له (قوله وتصح بمثل الثمن الاول) حتى لو كان عشرة دنانير فدفع اليه دراهم عوضا عنها ثم تقايلا وقد رخصت يعني الدنانير رجع بالدنانير لا بما دفع وكذا الورد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ولو عقدا بدراهم فكسدت ثم تقايلا رد الكاسدة نهر عن الفتح (قوله ولزمه الثمن الاول) لانه لما كانت الاقالة عند الامام فسخا والفسخ يرد على عين ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الاول باطلا زيلعي (قوله عطف على الاكثر) لا على تعيب لفساد المعنى شيخنا (قوله صحت بالف اتفاقا) فيه نظر لما سيأتي قريبا من انها في شرط الزيادة تكون بيعا عندهما حموي وأقول لفظ اتفاقا لا وجود له في نسخة شيخنا بخطه (قوله والمحطوط بازاء العيب) ليس على اطلاقه بل بشرط ان يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز ان ينقص اكثر منه زيلعي والظاهر ان الزيلعي أراد خصوص الفاحش لا ما يعم اليسير فلا يخالف ما في النهر عن تاج الشريعة من ان الزيادة والنقصان بقدر ما يتغابن فيه يجوز (قوله وهذا عند أبي حنيفة) اسم الاشارة عائد على ما ذكره المصنف من ان اشتراط الاكثر والاقل الخ لغو (قوله يكون بيعا) لكونه الاصل عند أبي يوسف ولتعذر الفسخ عند محمد نهر (قوله كذلك عند أبي يوسف) لكونه الاصل عنده كما سبق في الزيادة (قوله يكون فسخا بالثمن الاول) لانه سكوت عن بعض الثمن وهو ان سكت عن كله كان فسخا فكذا ان سكت عن بعضه زيلعي والحاصل ان شرط خلاف الثمن الاول يلغو عند الامام مطلقا وتبقى الاقالة على ما هي عليه عنده من كونها فسخا في حق المتعاقدين وعند أبي يوسف لا يلغو مطلقا وتبقى على ما هو الاصل فيها عنده من حملها على البيع وعند محمد يفصل ففي اشتراط الاكثر وجنس آخر لا يلغو فتخرج عما هو الاصل فيها عنده من حملها على الفسخ للتعذر فتحمل على البيع وفي اشتراط الاقل لا يتعذر حملها على الفسخ لكونه سكوتا عن بعض الثمن (قوله وهلاك الثمن لا يمنع لعدم تعينه) وكذا هلاك البدلين في الصرف لان المعقود عليه ما وجب لكل واحد بذمة صاحبه وهو باق نهر (قوله وهلاك المبيع) ولو حكما يمنع صحتها ابتداء وبقاء حتى لو أبق المبيع من يد المشتري بعدها وعجز عن تسليمه بطلت وكذا لو هلك بعد الاقالة يعني قبل القبض لان رفع البيع يقتضي قيامه وهو بالمبيع دون الثمن نهر (قوله بقدره) لان الجزء معتبر بالكل وليس منه ما لو اشترى صابونا ثم تقايلا بعد ما نقص وزنه بالجفاف لا يجب على المشتري شيء لان كل المبيع باق نهر عن الفتح ومنه ما لو اشترى ارضا مع زرعها وحصده المشتري ثم تقايلا صحت في الارض بحصتها من الثمن بخلاف ما اذا ادرك الزرع في يده ثم تقايلا فيه فانها لا تجوز بحر عن القنية معللا بان العقد انما ورد على القصيل دون الحنطة ولو تبايعا مقايضة فهلك احدهما جازت الاقالة في الباقي لان كلا منهما مبيع وثمن وعلى المشتري قيمة الهالك او مثله ولو تقايلا بعد هلاك رأس مال السلم العرض صحت ويضمن قيمة الهالك او مثله باعتبار ان السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه وان كان دينا حقيقة لكن له حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه (تتمة) اقالة الاقالة جائزة فلو تقايلا البيع ثم تقايلاها اى الاقالة ارتفعت وعاد البيع الا اقالة السلم فانها لا تقبل الاقالة لكون المسلم فيه دينا سقط والساقط لا يعود درر عن الاشباه وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم خلافا لابي

الا اذا تعذر جعلها فسخا فتجعل بيعا الان لا يمكن فتبطل وفائدته ان المبيع لو كان هبة في يد البائع فباعه من آخر ثم تقايلا فليس للواهب ان يرجع فصار كان البائع اشتراه في حق الواهب كذا في شرح الطحاوي (وتصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر والاقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الاول) بكل حال قوله بلا تعيب متعلق بقوله والاقل وقوله وجنس آخر عطف على الاكثر بيانه اذا باع عبدا بالف درهم وتقايلا العقد بالف صحت وان تقايلا بالف وخمسمائة صحت بالف اتفاقا ويلغو ذكر خمسمائة وان تقايلا بخمسمائة والمبيع بحاله لم يتعيب صحت بالف ويبطل ذكر خمسمائة وان دخله عيب صحت بخمسمائة والمحطوط بازاء العيب وهذا عند أبي حنيفة وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا وفي اشتراط الاقل كذلك عند أبي يوسف وعند محمد يكون فسخا بالثمن الاول ولو تقايلا بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند أبي حنيفة ويلغو ذكر جنس آخر وعندهما يكون بيعا (وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة و) لكن (هلاك المبيع يمنع) الاقالة (وهلاك بعضه) اى بعض المبيع يمنع أيضا (بقدره)

يوسف ولا تجوز اقالة الوكيل بالشراء اجماعا وفسخ الموكل مع المشتري جائز وفي الصغرى يجوز ماعدا النكاح فسخ وتفرع عليه ما في الخانية وغيرها باع امة فانكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا اذا عزم البائع على ترك الخصومة لانه مع العزم يتم الفسخ نهر

(باب التولية والمرابحة)

(قوله لكن الى غير البائع) مقتضى الاستدراك ان بيع المبيع من البائع تولية لا يصح وليس كذلك حتى لو باع المشتري المبيع من البائع بثمنه الاول جاز ويكون بيعا لا اقالة بدليل ما قدمناه من ان الاختلاف في كون الاقالة فسخا أو بيعا مقيد بما اذا لم تكن بلفظ البيع (قوله وكل ذلك يقتضي سابقة العقد) لم يبين الشارح وجه تقديم الاقالة على التولية ويمكن ان يقال ان الاقالة من التولية بمنزلة المفرد من المركب لان الاقالة انما تكون مع البائع بخلاف التولية فانها أعم من كونها مع البائع أو غيره (قوله هي بيع بثمن سابق الخ) هذا التعريف أحسن من قول بعضهم يعني القدوري هما نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح أو من غير زيادة لانه لا يشترط فيه ان ينقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له ان يبيعه مرابحة على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له ان يبيعه مرابحة على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد زيلعي لان تملك الغاصب للمغصوب لا عقد فيه ويجاب بأن العقد أعم من ان يكون ابتداء أو انتهاء واذا قضى القاضي على الغاصب بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك على رد القيمة وأخذه بعد عوده من اباقه من الغاصب نهر فان قلت ما أورده الزيلعي على القدوري وارد أيضا على المصنف من حيث التعبير بالثمن ولهذا قال الشيخ شاهين قوله وهذا التعريف أحسن أي من حيث الاختصار والا فالاعتراض على المصنف أيضا من حيث التعبير بالثمن كما كان الاعتراض على القدوري من حيث التعبير بلفظ العقد انتهى قلت يمكن الجواب عن المصنف بأنه أراد بالثمن البدل فعم القيمة في المغصوب ثم رأيته في النهر أجاب عن المصنف بطبق ما ذكرته حيث قال المراد بالثمن ما قام به وعبر عنه به لكونه العادة الغالبة فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة فيدخل فيه المغصوب ويرد أيضا ما ملكه بهبة أو ارث أو وصية اذا قومت فله المرابحة على القيمة اذا كان صادقا في التقويم مع انه لا ثمن ولا عقد قال في البحر ولم أر كيف يقول وينبغي ان يقول قيمته كذا بخلاف ما لو اشترى قيميا وقومه حيث لا تجوز المرابحة على القيمة لوجود الثمن الاول وهو الاصل ويرد أيضا من اشترى دراهم بدنانير حيث لا يجوز بيع الدراهم مرابحة وكذا يرد ما لو اشترى شيئا بثمن نسيئة حيث لا يجوز له ان يرابح عليه مع صدق التعريف عليهما وأجاب في النهر عن مسئلة الصرف بأن البيع يستلزم مبيعا وكون مقابله ثمنا مطلقا يفيدان ما ملكه مبيع متعين وبدل الصرف لا يتعين فلم يصدق التعريف عليه وعن مسئلة النسيئة بأن الثمن مقابل بشيئين فلم يصدق في أحدهما انه بثمن أول انتهى وقوله في النهر وعن الثاني أي واجيب عن الفرع الثاني من الفرعين اللذين أوردهما على طرد التعريف فليس المراد بالثاني ما يرد على عكس التعريف والحاصل ان مسئلة الصرف والنسيئة واردتان على طرد التعريف اما مسئلة ضمان القيمة في المغصوب فواردة على عكس التعريف كما ذكره نوح أفندي وقوله في الجواب ان الثمن مقابل بشيئين يعني المبيع والاجل واعلم ان ما سبق من تأويل الثمن بالبدل ليس المراد به ما يعم المثل في المثليات بل المراد خصوص القيمة في القيميات كما ذكرناه لئلا يرد المثلي اذا غيبه الغاصب وقضى عليه بمثله حيث لا يجوز له بيعه مرابحة بأزيد منه لكونه ربا وما في الشرنبلالية حيث أورد هذا على عبارة الدرر أجاب عنه شيخنا بأنه لا يرد لان ما من قوله في الدرر ما ملكه واقعة على القيمي والقرينة تصريحه به شرحا وما سيأتي

(باب التولية والمرابحة) المناسبة بين البابين ان الاقالة نقل المبيع الى البائع بمثل الثمن الاول والتولية كذلك نقل لكن الى غير البائع وكل ذلك يقتضي سابقة العقد (هي بيع بثمن سابق) بلا زيادة ربح (والمرابحة) بيع (به) أي بالثمن السابق (وبزيادة) ربح

منه في باب الربا انتهى (قوله وانما سمي تولية الخ) دليلها من السنة ما ورد من ان أبا بكر ابتاع بعيرين فقال له عليه السلام ولني أحدهما فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا زيلعي قال في النهر وذكر السهيلي عن بعض أهل العلم انه انما لم يقبله الا بالثمن مع ان أبا بكر أنفق عليه أضعافه لتكون هجرته بنفسه وماله رغبة منه في استكمال الهجرة الى الله تعالى وان تكون على أتم أحوالها (قوله كالمكيلات الخ) كذا العددي المتقارب نهر (قوله لا تتحقق المرابحة والتولية) لانه اذا لم يكن مثليا لم يعرف قدره الا اذا باعه بذلك البدل ممن يملكه أو به بزيادة ربح معلوم فحينئذ يجوز لانتفاء الجهالة ولو باعه به و بعشر قيمته أو ثمنه لا يجوز لانه باعه بذلك وببعض قيمة ذلك البدل المجهول ولو كان البدل مثليا فباعه به و بعشره ان كان المشتري يعلم جملة الثمن صح والا فان علم في المجلس جاز وله الخيار والا فسد زيلعي (قوله اى للبائع بالمرابحة) تقييده بذلك لضم أجرة القصار ونحوه اتفاقي شيخنا (قوله ان يضم الخ) ضابطه كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يضم درر واعتمد العيني وغيره عادة التجار بالضم در (قوله أجرة القصار) كذا أجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وتطيينها وطي البئر وكري الانهار والقناة وكسح الكروم وسقي الزرع والاشجار وأجرة المخزن وأجرة ذبح الحيوان وسلخه واتخاذ الخشب أبوابا وثقب اللؤلؤ وثمن الثياب للرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وأجرة السمسار في ظاهر الرواية لا الدلال والسمسار هو الدال على مكان السلعة أو صاحبها والدلال هو المصاحب للسلعة و يضم علف الدواب فان عاد عليه شيء منها كلبن أسقط بقدر ما عاد وضم ما زاد ولو فعل هذه الافعال بنفسه لا يضم شيئا وكذا لو تطوع متطوع بها أو باعارة نهر أي تطوع باعارة دابة للحمل (قوله والصبغ) هو بالفتح مصدر وبالكسر ما يصبغ به درر (قوله والطراز) بكسر الطاء العلم في الثوب نهر عن المغرب (قوله والفتل) من فتلت الثوب اذا اخرجت له طرة كما يعمل في أطراف المناديل عيني (قوله وان يقول الخ) تعقبه الشلبي بأن الصواب ان يقرأ يقول بالرفع على الاستئناف لان عطفه على ما قبله من قوله وله ان يضم يقتضي عدم وجوب قوله و يقول قام علي بكذا مع انه واجب عليه للاحتراز عن الكذب فان قلت هل يوجد في مسائل المرابحة صورة لا يصح فيها ان يقول قام علي بكذا ومع ذلك يصح بيع المرابحة قلت نقل السيد الحموي عن المفتاح انه اذا اشترى متاعا ثم رقمه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز مع انه لا يجوز ان يقول قام علي بكذا فان ذلك كذب لا رخصة فيه ولكن يقول رقمته بكذا فانا أبيعه مرابحة على ذلك كذا في المبسوط انتهى وفي البحر عن الفتح ذكر ما نصه وكذا اذا رقم على الثوب شيئا وباعه برقمه فانه يقول رقمه كذا سواء كان ما رقمه موافقا لما اشتراه به أو أزيد بحيث كان صادقا في الرقم انتهى (قوله ولا يضم أجرة الراعي) وكذا لا تضم أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق وأجرة الختان والفداء في الجناية وما يؤخذ في الطريق من الظلم الا اذا جرت العادة بضمه نهر وقوله والرائض هو من رضت المهر أروضه رياضة و رياضا فهو مروض وناقة مروضة وقد ارتاضت وكذلك روضته شدد للمبالغة شيخنا عن صحاح الجوهري (قوله ولا يضم كراء بيت الحفظ) قدم ان أجرة المخزن تضم وكأنه للعرف والا فالمخزن و بيت الحفظ على حد سواء في عدم الزيادة في العين وثبوت الزيادة في التعليم لمعنى في نفسه هو ذكاؤه ولا يخفى ما في هذا التعليل فان المعلم سبب فالأولى ان يعلل بعدم العرف كما في النهر عن المبسوط حتى لو كان ثمة عرف ظاهر ضم (قوله فان خان البائع الخ) وظهور الخيانة اما باقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقيل لا تثبت الا بالاقرار لانه في دعوى الخيانة متناقض لاقراره للبائع بالامانة ثم يدعي عليه الخيانة فلا يتصور بينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب والحط نهر عن الفتح (قوله وعند أبي يوسف يحط فيهما) لان بيع المرابحة والتولية بناء على الثمن الاول فيحط ضررا وغرره في التولية يحط قدر الخيانة من الثمن لا غير وفي المرابحة يحط ذلك القدر من رأس المال ويحط من الربح أيضا بحسابه لان الربح ينقسم على رأس المال وعلى قدر الخيانة (قوله وعند محمد يخير فيهما) لانهما باشرا العقد باختيارهما بثمن معلوم فينعقد بالمسمى كما لو باعه

مساومة

وانما سمي تولية لان البائع كانه يجعل المشتري واليا لما اشتراه بما اشتراه (وشرطهما كون الثمن الاول مثليا) كالمكيلات والموزونات حتى اذا لم يكن مثليا بأن كان عبدا أو ثوبا لا تتحقق المرابحة والتولية (وله) أي للبائع بالمرابحة (ان يضم الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل) و(النشر) و (اجرة حمل الطعام وسوق الغنم) و (ان يقول قام علي بكذا) ولا يقول اشتريته بكذا (ولا يضم اجرة الراعي والتعليم) مطلقا سواء كان تعليم القرآن أو غيره (و) لا يضم (كراء بيت الحفظ فان خان) البائع (في) بيع (المرابحة) فالمشتري بالخيار ان شاء (أخذه بكل ثمنه) أي الثمن الذي قاله الخائن (أو رده) على البائع (وحط) قدر الخيانة من الثمن (في) بيع (التولية) وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يحط فيهما وعند محمد يخير فيهما ويجمع الاقوال

قوله ولا يخفى ما في هذا التعليل فان العلم سبب كذا في النسخ الحاضرة وعبارة رد المحتار ولا يخفى ما فيه اذ التعليل اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم وانه مسبب عن التعليم عادة الخ فراجعه متأملا اه مصححه

مساومة وذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب فجرى مجرى الوصف فان فات الوصف المرغوب فيه يتخير كما فى سائر الاوصاف وللامام انه لولم يحط فى التولية لا يبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فتغير التصرف فتعين الحط وفى المرابحة لولم يحط تبقى مرابحة وان كان الربح يتفاوت فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير ولو هلك المبيع قبل ان يرده أوحدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره عند أبى حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه للمشترى الجزء الفائت فعند العجز عن تسليمه سقط ما يقابله من الثمن وعن محمد ان المشترى يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن بناء على أصله من اقامة القيمة مقام المبيع فى التحالف وعلى قول أبى يوسف يحط كيف ما كان وكذا عند أبى حنيفة فى التولية ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث به عنده عيب آخر لا يرجع بنقصان العيب لانه لو رجع يصير الثمن الثانى أنقص من الاول وقضية التولية ان يكون مثله زيلعى (قوله فطر) بالفاء المنقوطة بواحدة من التفصيل رمز لقول الامام الاول والطاء من الحط رمز لقول الامام الثانى والراء من التخيير رمز لقول الامام الثالث (قوله طرح عنه كل ربح) قيد بالربح لان بائعه لوحط عنه شيئا فان كان بعض الثمن طرحه كالربح وان كان كل الثمن باعه مرابحة على ما اشترى لالتحاق حط البعض بالعقد دون حط الكل لئلا يكون بيعا بلا ثمن فصار تمليكا مبتدأ كالهبة بحر عن المحيط (قوله هذا عند أبى حنيفة الخ) اعلم ان الخلاف بين الامام وصاحبيه فى طرح كل ربح حصل قبله عنده خلافا لهما فيما اذا لم يحط الربح برأس المال وكذا الخلاف فى عدم جواز المرابحة أصلا عنده اذا أحاط الربح برأس المال خلافا لهما محله ما اذا لم يتخلل بين المشترى والبائع ثالث فان تخلل بينهما ثالث جاز البيع مرابحة على الثمن الاخير مطلقا أحاط الربح أم لا ولا يلزمه الطرح بالاتفاق للامام ان شبهة حصول الربح بالعقد الثانى ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب فيرده فيزول الربح عنه والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل الثالث لان التأكيد حصل بغيره قال فى النهر وما قاله الامام أوثق وما قالاه أرفق وذكر فى الشرنبلالية ان الامام أحمد قال بمذهب الامام (قوله وعندهما الخ) لان الثانى عقد متجدد فيقطع الاحكام عما قبله فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث نهر (قوله صورته اذا اشترى ثوبا) لو أبدله بشيئا لكان أولى لان ذكر الثوب ربما يوهم انه للاحتراز عن المثلى وليس كذلك ولهذا قال فى النهر وكذا لو كان مثليا (قوله وقبضه) قيد بقبضه ليترتب عليه جواز بيعه اذ بيع المنقول قبل قبضه لا يجوز (قوله وتقابضا) قيد به لانه لو اشتراه بعشرة بعد ما باعه بخمسة عشر قبل قبض الثمن لم يجز لان شراء ما باع بالاقل قبل النقد غير جائز كما تقدم (قوله ثم اشتراه) أى ممن باعه منه شيخنا (قوله يبيعه مرابحة بخمسة) هذا اذا كان الشراء الثانى بجنس الثمن الاول فلو بغير جنسه كما لو كان بوصيف أو دابة أو عرض آخر رابح على عشرة نهر (قوله ثم اشتراه بعشرة ممن باعه منه) بخلاف ما اذا اشتراه البائع الاول من غير البائع الثانى فانه يرابح اتفاقا شيخنا (قوله لا يبيعه مرابحة أصلا) الا أن يبين فيقول كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيعه بربح كذا على هذه العشرة نهر (قوله يحيط دينه برقبته) كذا قيد به محمد فى الجامع الصغير عن الامام وبعض المشايخ لم يقيد به كالصدر الشهيد وتبعه المصنف وشمس الائمة لم يذكر الدين أصلا قال فى العناية والحق ذكره لانه اذا لم يكن عليه دين لم يصح البيع والتحقيق ان ذكر الدين وعدمه بالنظر الى المرابحة سواء لانها اذا لم تجز مع الدين فمع عدمه أولى وأما بالنظر الى صحة العقد وعدمه فله فائدة والباب لم يعقد الا للمرابحة فصنيع شمس الائمة أقعد نهر وذكر الزيلعى ان اشتراط الدين على العبد وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين ان يبيعه مرابحة فمع عدم الدين أولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع (قوله وكذا العكس) لان العقد الذى جرى بينهما وان كان صحيحا لافادته

فطر
(ومن اشترى ثوبا فباعه بربح
ثم اشتراه) أى ذلك الثوب (فان باعه
بربح) الحط (طرح عنه كل ربح قبله
وان أحاط) الربح (بثمنه لم يرابح)
أى لم يبعه مرابحة هذا عند أبى حنيفة
وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن
الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة
وقبضه ثم باعه بخمسة عشر وتقابضا
ثم اشتراه بعشرة يبيعه مرابحة بخمسة
ويطرح عنه ما ربح وهو خمسة
ويقول قام على بخمسة ولا يقول
اشتريته بخمسة ولو اشترى ثوبا بعشرة
وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه
مرابحة أصلا عنده وعندهما يبيعه
مرابحة بعشرة فى الفصلين (ولو اشترى
مأذون مديون) يحيط دينه برقبته
(ثوبا بعشرة وباع من سيده بخمسة
عشر يبيعه) المولى بيعا (مرابحة على
عشرة وكذا العكس) أى لو اشترى
المولى ثوبا بعشرة وباعه من عبده
المأذون المديون بخمسة عشر يبيعه
المأذون مرابحة على عشرة

ملك العين أو التصرف له شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما في حق المرابحة فبقي الاعتبار للشراء الاول فصار كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى في الثاني فيعتبر الثمن الاول لا غير لان الزائد عليه دائر بين المولى والعبد فلم يتم خروجه عن ملك من كان له فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا على ملكه فلا يعتبر زيلعي (قوله والمكاتب كالمأذون) لوجود التهمة بل كل من لا تقبل شهادته له كالاصول والفروع وأحد الزوجين وأحد المتفاوضين كذلك وخالفاه فيما عدا العبد والمكاتب (قوله ولو بين جاز) يعني اتفاقا بحر ونهر لزوال التهمة (قوله وهو) أي المال عشرة (قوله باثني عشر ونصف) لان نصف الربح وهو درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فتبقى اثنا عشر ونصف خارجة عن ملكه عشرة منها دفعها المضارب الى بائعه ودرهمان ونصف نصيب المضارب من الذي دفع اليه رب المال بحكم انه الثمن فتم ما خرج عن ملكه في تحصيل هذا الثوب اثنا عشر ونصف فيرابح عليها زيلعي قيد بكون المضارب بائعا لانه لو كان مشتريا بأن اشترى من رب المال عبدا بألف اشتراه بنصفه رابح بنصفه والفرق ما ذكره في النهر من انه انما ضمن حصة المضارب هنا يعني فيما اذا كان المضارب بائعا ما اشتراه بعشرة بخمسة عشر من رب المال لظهور الربح ببيعه لرب المال واذا كان مشتريا من رب المال لم يظهر ربح فلهذا جزم الزيلعي في المضاربة بأن المضارب يبيعه مرابحة على ما اشترى رب المال نهر ومعنى قوله واذا كان مشتريا من رب المال لم يظهر ربح أي لم يظهر للمضارب ربح لان ما حصل من الربح ببيع رب المال من المضارب كله لرب المال لا شيء منه للمضارب لعدم وجود العمل منه وبهذا التقرير تعلم ما وقع لبعضهم حيث تصرف في عبارة النهر على وجه مخل وكذا في الدر خلل أيضا ووجهه ان قوله وكذا عكسه لا يلائم قوله بعد ذلك وتحقيقه في النهر ووجه عدم الملاءمة ان كلام النهر صريح في الفرق بين المسئلة وعكسها كما ذكرناه (قوله وعند زفر لا يجوز) لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك الرقبة الا ترى ان المكاتب تجوز تصرفاته ولا تفيد ملك الرقبة فعلم ان البيع يتبع الفائدة لا الملك عينا لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح زيلعي (قوله ويرابح الخ) الظاهر ان التقييد بالمرابحة اتفاقي في التعييب والتعيب حموي (قوله بلا بيان الخ) لان الفائت وصف وهو لا يقابله شيء من الثمن وكذا منافع البضع ومعناه انه يرابح بلا بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن اما بيان نفس العيب فواجب ودل كلامه انه لو رضي بالعيب أو بالخيانة في المرابحة كان له ان يبيعه مرابحة على ما أخذه به نهر عن الفتح ومعنى قوله لو رضي بالعيب الخ انه اذا اشترى شيئا فوجده معيبا ورضي بعيبه فأراد بيعه مرابحة لا يلزمه ان يقول اني اشتريته بكذا على انه سليم فوجدته معيبا والتقييد بالرضا به يشير الى انه لو لم يرض به بأن رجع بنقصانه عند تعذر رده يلزمه البيان أي بيان انه رجع بنقصان العيب (قوله بالتعيب) شامل لما اذا كان نقصان العيب يسيرا أو كثيرا وعند محمد انه ان نقصه قدر الا يتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان بحر (قوله بآفة سماوية) أو بصنع المبيع در (قوله وعند أبي يوسف وزفر لزمه بيان الخ) قال أبو الليث وهو أجود وبه نأخذ وفي الفتح واختيار هذا أحسن نهر وفي المختار وعليه الفتوى بقي ان يقال قول الشارح وعند أبي يوسف مخالف لما في الزيلعي والنهر مما يقتضي انه مجرد رواية عنه (قوله بالتعييب) الفرق بين التعيب والتعييب ان التعيب ما كان بآفة سماوية أي بلا فعل فاعل والتعييب ما كان بفعل فاعل مختار أعم من ان يكون الفاعل هو المشتري أو غيره لكن يستثنى من التعييب ما لو كان بفعل المبيع لان فعل المرء في نفسه هدر وبهذا التقرير تعلم ان ما وقع في شرح العيني من ذكره لفظة منه عقيب قوله ويرابح ببيان بالتعييب لا محل له فيتعين حذفه ويدل عليه ما ذكره بعد من قوله سواء كان بفعل نفسه أو غيره الى هذا

والمكاتب كالمأذون ولو بين انه اشتراه
من عبده المأذون المديون أو من مكاتبه
له ان يبيعه مرابحة على خمسة عشر
وانما قيد بقوله مديون ليصح العقد
لمكان الدين (ولو كان) البائع من
رب المال وهو عشرة دراهم مثلا
(مضاربا) بالنصف وباع المضارب
من رب المال ما اشتراه بعشرة بخمسة
عشر مثلا وأراد رب المال البيع
(يبيع مرابحة رب المال باثني عشر
ونصف) هذا البيع يجوز عندنا
وعند زفر لا يجوز بيع رب المال من
المضارب ولا بيع المضارب من رب
المال اذا لم يكن في المال ربح (ويرابح
بلا بيان بالتعيب ووطء الثيب) أي
اذا اشترى جارية فاعورت بآفة
سماوية أو وطئها وهي ثيب يبيعها
مرابحة ولا يجب عليه ان يقول اني
اشتريتها سليمة فاعورت في يدي
وعند أبي يوسف وزفر لزمه بيان هذا
العيب والمسئلة فيما اذا لم ينقصها
الوطء (و) يرابح (ببيان بالتعييب
ووطء البكر) أي ان فقأ عينها بنفسه

اشار

اوفقأها اجنبي واخذ ارشها او وطئها وهي بكر لم يبعها مرابحة حتى يبين (ولو اشترى) شيئا (بالف نسيئة وباع بربح مائة) حالة (ولم يبين) انه اشتراه نسيئة فعلم المشتري ذلك (على منلا مسكين) (خير المشتري) ان شاء رده وان شاء ٥٩٣ أخذه بكل الثمن (فان اتلف) المشتري المبيع والمسئلة بحالها (فعلم) بذلك (لزم بألف ومائة) ولا يرجع بشئ (وكذا التولية) اى اذ ولاه رجلا ولم يبين ان الثمن نسيئة ثم علم المشتري رده ان شاء وقبله بكل الثمن ان شاء وان اتلفه ثم علم لزمه بألف حال ولا يرجع على البائع بشئ وعند أبي يوسف انه يرد قيمة العين ويسترد كل الثمن وقيل يقوم الشئ بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع المشتري بفضل ما بينهما وعليه فتوى ابي جعفر البلخي وهذا اذا كان الاجل مشروطا في العقد وان لم يكن مشروطا فيه لكنه مرسوم متعارف كما هو الرسم بين التجار ان لا يعجلوا بالثمن جملة بل المشتري يؤديه منجما في كل اسبوع ثم ان المشتري باعه مرابحة فقيل لا بد من بيانه والجمهور على انه يبيعه مرابحة بلا بيان قال صاحب المحيط في باب ذكر الخيار في الاجل المشروط هذه رواية في من اشترى شيئا فصار مغبونا غبنا فاحشا له أن يرده على البائع بحكم الغبن وقال القاضي أبو علي النسفي فيه روايتان عن أصحابنا ويفتي برواية الرد وكان صدر الاسلام أبو اليسر يفتي بأن البائع ان قال للمشتري قيمة متاعي كذا أو قال متاعي يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر بخلافه له الرد بحكم التغرير وان لم يقل ذلك فليس له الرد وبعضهم لا يفتون به بكل حال والصحيح انه يفتي بالرد اذا وجد التغرير وبدونه لا يفتي به (ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه) أي لو باع منه تولية بثمن قام عليه (ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد) البيع (ولو علم) المشتري مبلغ الثمن (في المجلس خير) المشتري ان شاء امسكه وان شاء رده وان علم بعد

أشار شيخنا (قوله أوفقأها أجنبي) بأمرها ولا نهر (قوله واخذ ارشها) كذا وقع في الهداية والزيلعي وفي البحر عن فتح القدير التقييد بأخذ الارش اتفاقي (قوله حتى يبين) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شئ من الثمن ووطء البكر تعييب لان العذرة جزء من العين فازالتها تعييب لها ثم في كل موضع ليس له ان يبيعه مرابحة الا ببيان فلم يبين فللمشتري ان يرده عليه ان علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا فأصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين لما بينا من المعنى زيلعي وقوله فأصابه قرض فار قال في الكافي القرض بالقاف وقيل بالقاف عزمي زاده (قوله خير المشتري) لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل فكان له شبه بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين لاجل وباع أحدهما مرابحة على ثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة زيلعي (قوله فان اتلف المشتري المبيع الخ) ولو عبر بالتلف لفهم منه الاتلاف بالاولى بحر (قوله لزم بالف ومائة) لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله شئ من الثمن وانما فيه ترفه فيزاد الثمن لاجله فيثبت له الخيار اذا كان المبيع قائما لهذا الجانب واذا هلك أو استهلكه المشتري لم يبق له الخيار نظرا لجانب عدم المالية في الاجل حقيقة زيلعي (قوله وعند أبي يوسف يرد قيمة العين الخ) جعله الزيلعي رواية عنه فقال وعن أبي يوسف الخ ومثله في النهر (قوله غبنا فاحشا) هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وكما يكون المشتري مغبونا مغرورا يكون البائع كذلك وتصرفه في بعض المبيع قبل علمه بالغبن غير مانع فيرد مثل ما تلفه ويرجع بكل الثمن على الصواب ولو كان قيميا لم أره تنوير وشرحه (قوله له الرد بحكم التغرير) ويرده المشتري بغرور الدلال أيضا كما في الاشباه من الكفالة وهل ينتقل الرد بالتغرير الى الوارث أفتى المقدسي بانه لا ينتقل وفي الدر عن مصنف التنوير ما يخالفه قال وقدمنا عن الخانية انه متى عاين ما يعرف بالعيان انتفى الغرور انتهى وفيه تأمل الا ان يحمل على ما اذا كان للمشتري خبرة بمعرفة القيم (قوله ولم يعلم المشتري) وهو المولى (قوله بكم قام عليه) أي على المولي (قوله فسد البيع) لجهالة الثمن نهر (قوله ولو علم في المجلس خير) لان الفساد وان كان في صلب العقد لكنه لم يتقرر وانما يتقرر بانقضاء المجلس وهذا يبين ان هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا له عرضية الصحة وهو الصحيح خلافا لما روى عن محمد انه صحيح له عرضية الفساد وينبغي ان يظهر اثر الخلاف في حرمة مباشرته وعدمها نهر عن البحر قال وانما يتخير بعد العلم في المجلس لان الرضا لم يتم قبله (قوله بعد التفريق) صوابه التفرق

*(فصل في التصرف في المبيع والثمن قبل القبض والزيادة والحط فيهما وتأجيل الديون بحر

(قوله صح بيع العقار الخ) لم يقل نفذ ولازم لتوقفهما على نقد الثمن نهر أي نقد المشتري الاول وهو البائع الثاني شيخنا فان لم ينقده توقف الثاني في الصحيح كبيع المرهون كما في المحيط يعني اما على نقد الثمن أو رضا البائع لان الحق له فان لم ينقده كان له ابطال البيع وكذا كل تصرف يقبل النقض اذا فعله المشتري بغير اذن البائع قبل القبض أو بعده كما في البحر ومنه الكتابة أيضا الا انها تحتمل الفسخ فلم تنفذ في حق البائع ما لم يقبض الثمن نظرا له بخلاف ما لا يقبله كالعتق والتدبير والاستيلاد وكما يجوز بيع العقار قبل قبضه فكذا هبته قيد بالبيع لان الاجارة قبل القبض لا تجوز مطلقا سواء اجره من البائع أو غيره كما في الخانية وحكى في النهر اختلافا في جواز اجارته وذكر ان الاصح انها لا تجوز اجماعا لان المعقود عليه المنافع وهلاكها غير نادر (قوله وقال محمد وزفر والشافعي الخ) لم يذكر الزيلعي زفر والشافعي وكذا البحر والنهر (قوله لا يصح بيع العقار قبل القبض) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه ولهما انه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو متعذر التسليم وما رووه معلول بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض وذلك لا يتصور فيه الا نادرا والخلاف فيما اذا لم يكن على شط نهر كما في الزيلعي أو كان علوا أو في موضع لا يؤمن ان تغلب عليه الرمال ففي هذه المواضع لا يجوز

التفريق منه لا ينقلب صحيحا ولا يجوز ١٤٩ في الا بتجديد عقد (فصل صح بيع العقار قبل قبضه) وقال محمد وزفر والشافعي لا يصح بيع العقار قبل القبض

بعه قبل قبضه اتفاقا (قوله لا بيع المنقول) قيد بالبيع لانه لو وهبه او تصدق به او اقرضه او رهنه أو اعاره من غير البائع جاز عند محمد وهو الاصح خلافا لابى يوسف واجمعوا على صحة الوصية به قبله واما تزويج الامة فجائز واذا فسخ البيع انفسخ النكاح عند أبي يوسف وهو المختار ودخل في البيع الاجارة وعم كلامه مالو باعه من البائع ولا ينتقض الاول بخلاف مالو وهبه انتقض لانها مجاز عن الاقالة هذا في تصرف المشترى واما تصرف البائع فان كان بأمر المشترى بان يهبه من فلان أو يؤجره ففعل جاز ولو أمره بوطء الجارية أو بأكل الطعام ففعل يكون فسخا ولو رهنه أو آجره أو أودعه بغير أمره فمات المبيع انفسخ البيع ولو اعاره أو وهبه فمات أو أودعه فاستعمله المودع فمات فان شاء المشترى امضى البيع وضمن هؤلاء وان شاء فسخ البيع نهر عن الخانية وفيه عن الايضاح كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالمبيع والاجرة اذا كانت عينا وبدل الخلع اذا كان معينا ومالا ينفسخ بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الصلح والعتق على مال وبدل الصلح عن دم عمدا انتهى قال شيخنا قوله وبدل الخلع اذا كان معينا مخالف لما في الزيلعي والعناية والبحر فان المذكور فيها صحة بيع بدل الخلع قبل قبضه ولا صحة له بدون التعيين وقد ذكر صاحب البحر الاصل عن الايضاح بخلاف ما هنا ولا يظهر فرق بين المهر وبدل الخلع ثم ظهر لي ان الصواب ان يكون هكذا وبدل الصرف اذا كان معينا بان كان مصوغا بيع بجنسه أو بالنقد فانه بسبب ما تصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صار مبيعا ولهذا يتعين في العقد على انه لا يصح التصرف فيه وان لم يتعين كما نص عليه هنا وفي باب الصرف وحينئذ تصدق كلية الايضاح عليه اذ لا شك في ملكه المصوغ بالعقد وانفساخه بهلاكه قبل قبضه وكذا قوله ومالا ينفسخ بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الصلح صوابه وبدل الخلع لان الصلح عن مال بيع لا يجوز بيع بدله قبل قبضه كما ذكره في البحر انتهى ثم اعلم ان قوله في الايضاح ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض بعد قوله كل عقد ملك بعوض ليس خبرا عن قوله كل عقد الخ بل الجملة وصف ثان بعد وصفه بما قبلها من قوله ملك بعقد والخبر هو قوله لم يجز التصرف فيه شيخنا (تتمة) ليس المراد من جواز بيع المهر قبل قبضه وكذا نحو المهر من كل عوض ملك بعقد لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل القبض عدم انفساخ العقد الثاني بل ينفسخ لدخوله تحت قولهم ان البيع يبطل بهلاك المبيع قبل قبضه والحاصل ان الزوجة اذا باعت المهر قبل قبضه فهلك قبل ان يقبضه المشترى بطل البيع سواء هلك قبل قبض الزوجة أو بعد ان قبضته واما النكاح فيبقى على حاله ويجب لها عليه بدله من المثل أو القيمة اذا هلك قبل قبضها بخلاف المبيع اذا بيع قبل قبضه وكذا نحو المبيع من كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد بهلاكه قبل القبض حيث لا يجوز مطلقا سواء هلك قبل القبض أو لا حتى لو لم يهلك وقبضه المشترى الاول وسلمه للمشترى الثاني بناء على ما صدر منه من البيع لم يجز الا ان يعتبر بيعا بالتعاطي وبهذا التقرير تعلم ان المراد بالعقد في قولهم كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد بهلاكه قبل قبضه كما في الوجه الاول مما سبق عن الايضاح أو لا ينفسخ كما في الوجه الثاني هو العقد الاول كعقد النكاح بالنسبة لمسئلة المهر وكالبيع الاول بالنسبة لمسئلة بيع المبيع قبل قبضه وكذا يراد العقد الاول أيضا في تعليل النهي عن بيع ما اشتراه حتى يقبضه لقولهم انه معلول بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض بقي ان يقال استفيد من عبارة الايضاح ان ما ذكره المصنف من قوله لا المنقول ليس على اطلاقه بل هو بالنسبة لما ذكره في الايضاح من الوجه الاول (قوله أي لا يصح بيع المنقول) نفي الصحة يحتمل ثبوت فساد العقد وبطلانه صرح بالاول في المواهب وبالثاني في الجوهرة شرنبلالية ومثل ما في المواهب في الزيلعي (قوله ولو اشترى مكيلا الخ) قيد بالشراء لانه لو ملكه بهبة أو ارث أو وصية جاز له التصرف فيه قبل الكيل والمطلق من البيع ينصرف الى الكامل وهو الصحيح منه حتى لو باع ما اشتراه فاسدا بعد قبضه لم يحتج المشترى الثاني الى اعادة الكيل قال أبو يوسف لان بيع الفاسد يملك

بالقبض

(لا بيع المنقول) أي لا يصح بيع المنقول مطلقا سواء كان طعاما أو غيره وقال مالك يصح بيع المنقول قبل القبض في غير الطعام (ولو اشترى مكيلا كيلا

قوله كل عقد ملك بعوض عبارة الايضاح السابقة كل عوض ملك بعقد اه بحراوى

قوله لان بيع الفاسد الخ أي لان المبيع فاسدا يملك بالقبض فهو من قبيل اطلاق المصدر وارادة اسم المفعول اه بحراوى

بالقبض كالقرض ولو استقرض طعاما بكيل ثم باعه مكايلة لم يحتج المشتري الى اعادة الكيل وقيد
بكونه مبيعا لانه لو كان ثمنا جاز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لانهما من تمام القبض والتصرف
في الثمن قبله جائز فقبل تمامه اولى نهر (قوله حرم) أي كره تحريما لنهيه عليه السلام عن بيع الطعام حتى
يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف
في مال الغير حرام قال في النهر وفيه اشارة الى فساد البيع وبه صرح في الجامع الصغير (قوله واكله)
كذا كل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية ولا يلزم من حرمة أكله قبل اعادة كيله كون الطعام حراما
حتى لو اكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه أكل حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه اثم لتركه ما أمر به من
الكيل وكذا كل مبيع بيعا فاسدا اذا أكله بعد القبض بحر عن فتح القدير (قوله ولو كاله البائع بعد البيع
الخ) قيد بالكيل بعد البيع لان الكيل قبله لا يكتفى به اتفاقا ولو بحضرة المشتري زيلعي فلو كيل بحضرة
رجل فشراه فباعه قبل كيله لم يجز وان اكتاله الثاني لعدم كيل الاول فلم يكن قابضا بحر عن الفتح
(قوله بحضرة المشتري) قيد به لانه لو كاله البائع بغير حضرته لا يكتفى به زيلعي (قوله قيل لا يكتفى به)
لظاهر الحديث لانه اعتبر صاعين زيلعي (قوله والصحيح انه يكتفى به) لان المبيع صار معلوما
بكيل واحد وتحقق معنى التسليم والحديث محمول على ما اذا اجتمعت الصفقتان على ما نبينه في باب السلم
زيلعي أراد بالحديث ما مرّ من نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان
وصورة اجتماع الصفقتين اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم
بقبض الكر فان صاحب السلم يحتاج الى الكيل مرتين مرة لبائعه ومرة لنفسه عزمي زاده (قوله
يجوز له الاكل والبيع قبل ان يكيله الخ) قيل لان الزيادة له وفيه نظر اذ لا تتصور في المجازفة وعنه
اجوبة في شروح الهداية ومن الاجوبة ما ذكره الزيلعي حيث قال بان كان كاله قبل البيع انتهى فاذا
اشتراه مجازفة بعد ان كاله البائع قبل البيع فوجده المشتري اكثر من كيله الذي وجد قبل البيع
كانت الزيادة للمشتري شيخنا (قوله ومثله الموزون والمعدود) ليس على اطلاقه بل مقيد بغير بيع
التعاطي اما اذا كان البيع بالتعاطي فلا يحتاج الى اعادة الوزن ثانيا لانه صار بيعا بالقبض بعد الوزن نهر
عن القنية وفي الخلاصة وعليه الفتوى ومقيد أيضا بغير الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد
القبض قبل الوزن نهر عن الايضاح واستثنى ابن الكمال من الموزون ما يضره التبعيض لان الوزن
حينئذ فيه وصف در (قوله والمعدود) جعله المصنف كالمكيل والموزون وهو مروي عن أبي حنيفة
واختاره الكرخي وعنه انه كالمذروع وهو قول أبي يوسف ومحمد لانه ليس بقدر الا ترى انه يجوز بيعه
بجنسه متفاضلا كالمذروع ووجه الاوّل ان المعدود المتقارب يساوي المكيل والموزون فيما تعلق به
الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزا على انه الف فوجده اكثر يرد الزيادة
وان وجده انقص سقط عنه من الثمن بحصته بخلاف الربا لانه مبني على المماثلة بدليل يوجبها وهذا اظهر
زيلعي ومنه يعلم ان الخلاف بين الامام والصاحبين في المعدود بالنسبة لاحدى الروايتين عن الامام
وعليها اقتصر نوح افندي كالشارح ولم يحك عنه الرواية الاخرى ونص عبارته اشترى عدديا فهو
كالمذروع فيما روي عنهما لانه ليس بمال الربا وكالموزون فيما روي عن أبي حنيفة لانه لا يحل له
الزيادة على المشروط انتهى ثم رأيت في حاشية نوح افندي انه نقل عن الزيلعي حكاية الرواية الاخرى
عن الامام وتقييد المعدود بالمتقارب في كلام الزيلعي للاحتراز عن المتفاوت لعدم جواز بيعه عددا (قوله
لا المذروع) أي لا يحرم التصرف في المبيع المذروع بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع
لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله للمشتري بلا زيادة ثمن ولا نقصان ان وجده زائدا أو ناقصا
هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع زيلعي وعيني وقال في النهر
وفي النقصان يثبت له الخيار وبالبيع بتقدير النقص يكون مسقطا له انتهى (قوله وصح التصرف

حرم) للمشتري منه (بيعه واكله حتى
يكيله) المشتري ولو كاله البائع بعد
البيع بحضرة المشتري مرة قيل
لا يكتفى به والصحيح انه يكتفى به وعليه
الجمهور وانما قيد بكيلا لانه لو اشتراه
مجازفة يجوز له الاكل والبيع قبل
ان يكيله بعد القبض (ومثله الموزون
والمعدود لا المذروع) عنده يعني
لو اشترى مذروعا على شرط انه
كذا ذراعا يجوز للمشتري لبسه
وبيعه قبل ان يذرعه وعند ابي يوسف
ومحمد المعدود كالمذروع (وصح
التصرف في الثمن) أي تصرف
البائع في ثمن المبيع (قبل قبضه) أي
قبض الثمن

(و) صح للمشتري (الزيادة فيه) اى في الثمن للبائع بعد تعيينه في المبيع (و) صح للبائع (الحط منه) للمشتري بعد تعيينه فيه

في الثمن الخ) بان ملكه ممن عليه بعوض أو بغير عوض صورة تمليك الثمن ممن عليه بعوض ان يشترى البائع من المشترى شيئا بالثمن الذى له عليه أو استأجر به عبدا أو دارا للمشترى أو ملكه منه بغير عوض كالهبة والوصية نهر فاذا وهب منه الثمن ملكه بمجرد الهبة لعدم احتياجه الى القبض وكذا الصدقة واما في الوصية فالظاهر ان للموصى مطالبته بعد الوصية بدفع الثمن وان لم يرجع عن الوصية ولا يكون ذلك رجوعا عنها لان الموصى له انما يملك الموصى به بالقبول بعد موت الموصى على ما عرف في محله فان قلت التصرف في الثمن قبل قبضه لم ينحصر في تمليكه ممن عليه بل هو شامل لما لو أحال شخصا بقبضه مثلا أو وكله بقبضه خلافا لما يظهر من كلام العينى لذكره اياه بياء التصوير قلت انما حصره فيما ذكر لا للاحتراز عن جواز الاحالة والتوكيل بل لانه اذا أحال أو وكل لم يكن ذلك من وضع المسئلة وهو التصرف فيه قبل القبض أما في الوكالة فلان قبضه كقبض الموكل وأما في الحوالة فلان المحتال يصير قابضا بالنيابة عن المحيل ثم لنفسه هذا ما ظهر لى من الجواب حين سئلت عنه (تتمة) تمليك الثمن من غير من عليه لا يجوز لتعذر تسليمه عقب عقد التمليك وكذا يصح التصرف في الديون قبل القبض كالمهر والاجرة وضمان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم وقول العينى كالمهر والاجارة صوابه والاجرة وأراد بنحوها الموروث والموصى به كما في الدر ونص عبارته مع المتن معزيا للعينى وكذا الحكم في كل دين قبل قبضه كمهر واجرة وضمان متلف وبدل خلع وعتق بمال وموروث وموصى به قال والحاصل جواز التصرف في الاثمان والديون كلها قبل قبضها انتهى فتقييده بالاثمان والديون يفيد ان التصرف في الموروث من الاعيان بالهبة ونحوها قبل القبض لا يجوز وهى حادثة الفتوى واستفيد منه أيضا ان استثناء الموروث ونحوه كالمهر وبدل الخلع من عدم جواز بيع المنقول قبل قبضه في عبارة بعضهم كالقهستانى ليس على اطلاقه بل يحمل على ما اذا كان ذلك من الاثمان أو الديون وانما استثنى الصرف والسلم لما ان للمقبوض حكم عين المبيع في السلم والاستبدال بالمبيع قبل قبضه لا يجوز وكذا في الصرف كما في النهر ولان التصرف في أحد بدلى الصرف ورأس مال السلم قبل القبض يستلزم افتراق المتعاقدين لا عن قبض فيفسد العقد فيهما لانه يشترط لبقائهما على الصحة قبض كل من بدلى الصرف ورأس مال السلم قبل الافتراق كما سيأتى وكذا لا فرق في جواز التصرف في الثمن قبل قبضه بين ان يكون مما يتعين كالمكيل والموزون أو لا كالدراهم والدنانير حتى لو باع بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدلهما شيئا آخر در والكر اثنا عشر صاعا (قوله وصح الزيادة فيه) ولو من غير جنسه في المجلس او بعده من المشترى او وارثه بشرط قبول البائع في المجلس وبقاء المبيع وكونه محلا للمقابلة في حق المشترى فلو باع بعد القبض أو اعتق أو دبر او كاتب أو استولد أو وهب وسلم أو ماتت الشاة أو طبخ اللحم أو طحن البر او نسج الغزل أو تخمر العصير أو اسلم مشترى الخمر لا تصح الزيادة نهر لفوات محل العقد وكذا لو زاد في مهرها بعد موتها لا تصح قال في الدر بخلاف ما لو أجر او رهن أو جعل الحديد سيفا أو ذبح الشاة لقيام الاسم والصورة وبعض المنافع انتهى وروى الحسن في غير رواية الاصول انها تصح بعد هلاك المبيع وعلى هذه الرواية تصح الزيادة في المهر بعد الموت ولو زاد الاجنبى فان بأمر المشترى أو باجازته لزمته وان لم يجز بطلت ولو كان حين زاد ضمن عن المشترى أو اضافها الى مال نفسه لزمته الزيادة ثم ان كانت بأمر المشترى رجع والا فلا نهر ولو عبر باللزوم بدل الصحة لكان أولى لانها لازمة حتى لو ندم المشترى بعد ما زاد يجبر اذا امتنع بحر (قوله وصح للبائع الحط منه) ولو بعد هلاك المبيع وقبض الثمن در قال في النهر في ابرائه عن البعض بعد القبض خلاف ففي الذخيرة انه لا يصح لانصراف المطلق منه الى براءة الاستيفاء حتى لو أبرأه براءة اسقاط صح وذكر السرخسى ان الابراء المضاف الى الثمن صحيح مطلقا وهو المناسب للاطلاق وعرف من هذا انه لا خلاف في رجوع الدافع بما اداه اذا ابرأه براءة اسقاط وفي عدم رجوعه اذا ابرأه براءة استيفاء وان الخلاف مع الاطلاق اه (قوله بعد تعيينه) أراد بتعيين الثمن كونه معلوم القدر

والا

والافالثمن لا يتعين وان عين وكذا التقييد بالتعين فى جانب الزيادة على المبيع براد به العلم بمقدار المبيع لا كما يتوهم من كون المراد به ما يتعين بالتعيين لفساد المعنى حينئذ لاقتضائه عدم صحة الزيادة عليه اذا كان مما لا يتعين مع انه لافرق فى جواز الزيادة على المبيع بين ما يتعين وما لا يتعين والتفرقة بينهما انما هى فى الحط ان كان دينا يجوز وان كان عينا لم يجز كما يشير الى ذلك ما سيأتى عن المحيط معزيا للنهر والبحر والظاهر ان المراد بالعين القيمى وبالدين المكيل والموزون (قوله وعند زفر والشافعى لا يصحان) على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار الصلة لانه لا يمكن تصحيح الزيادة لانه ملك المبيع وكذا الحط لان جميع الثمن صار مقابلا بجميع المبيع فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة غيرا العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا أو رابحا أو عدلا ولهما ولاية ذلك الا ترى ان لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقايل فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير لانه دونه بخلاف حط الكل لانه تبديل لا اصله لانه ينقلب هبة أو بيعا بلاثمن فيفسد ثم فائدة الالتحاق تظهر فى التولية والمرابحة والشفعة حتى يأخذ بالباقى بعد الحط وانما لا تلزمه الزيادة لان فيه ابطال حقه الثابت بالبيع الاول وهما لا يملكانه وفيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشترى على البائع بالزيادة ولو أجاز المستحق البيع كان له ان يطالب بالزيادة وتظهر فى حق الفساد فى الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط وقبل الآخر وقبض المزيد فى الزيادة أو المردود فى الحط فسد العقد وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا تجوز الزيادة ولا تصير هبة مبتدأة حتى يجب عليه ان يرد المحطوط وقال محمد فى الزيادة مثل قول أبى يوسف وفى الحط يكون هبة مبتدأة وتظهر أيضا فيما اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن الحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شئ من الثمن بهلاكها قبل القبض وفيما اذا زوج أمته ثم أعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى ومحل التحاق المحطوط باصل العقد اذا لم يكن المحطوط تبعا ووصفا فان كان لم يلتحق حتى لو اشترى دارا بألف ونقد زيوفا أو نبهرجة برضا البائع يأخذها الشفيع بالجياد وكذا اذا اشترى دارا بعبد فاعور ورضى به البائع فان الشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد صحيحا ولا تجوز الزيادة فى المسلم فيه لانه معدوم حقيقة وانما جعل موجودا فى الذمة لحاجة المسلم اليه وهى لا تدفع حاجته بل تزيد فى حاجته وكذا لا تجوز الزيادة فى المنكوحة لان الشرع ما ورد بتمليك الزيادة المتولدة من المملوكة تبعا للنكاح زيلعى واعلم ان التحاق الحط باصل العقد مقيد بما اذا لم يكن من الوكيل حتى لو حط الوكيل ببيع الدار عن المشترى مائة صح وضمن للموكل ويأخذها الشفيع بجميع الثمن لان حط الوكيل لا يلتحق باصل العقد نهر عن الخانية (قوله وصح الزيادة فى المبيع) ولا يشترط قيام المبيع بخلاف الزيادة فى الثمن وأما الحط من المبيع ففى المحيط ان كان دينا يصح وان كان عينا لا يصح لانه اسقاط واسقاط العين لا يصح نهر عن البحر وقوله بخلاف الزيادة فى الثمن اى فانه يشترط لصحتها قيام المبيع كما سبق (قوله وصح تأجيل كل دين) سواء كان ثمنا أو غيره لان له الابراء منه فتأخير المطالبة به أولى بشرط قبول المديون حتى لو رده بقى حالا وأطلق فى صحة التأجيل فعم ما لو كان الى أجل مجهول لما مر فى البيع الفاسد عند الكلام على البيع بثمن مؤجل الى الحصاد وقدوم الحاج انه لو باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لان هذا تأجيل الدين والجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه فى صلب العقد (تتمة) قال المدين لا أقر لك بمالك حتى تؤخره أى مطالبته عنى أو تحط بعض المال ففعل صح عليه أى لزمه وليس للدائن ان يطالب المديون فى الحال ويصح حط هذا اذا قاله سرا حتى لو قال علانية بحضرة الشهود يؤخذ المقر بالمال فى الحال كذا بخط شيخنا معزيا للمصنف والشارح فى باب الصلح فى الدين (قوله ثم أجل أجلا معلوما) احترز بالمعلوم عن المجهول جهالة متفاحشة فلا يخالف ما ذكرناه من انها اذا لم تتفاحش كما لو كانت الى الحصاد أو قدوم الحاج يصح لكونها يسيرة فتحتمل فى التأجيل بعد العقد لكن قدمنا عن عزمى

قوله أو عدلا بأن لم يكن فيه ربح ولا خسران اه بحراوى

وعند زفر والشافعى لا يصحان (و) صح (البائع) الزيادة فى المبيع (له) بعد تعيينه و(تعلق الاستحقاق بكله) أى استحقاق البائع والمشترى فى الثمن والمبيع والزيادة والمزيد عليه (وصح تأجيل كل دين) حال حتى لو باعه شيئا بثمن حال ثم أجل أجلا معلوما صار مؤجلا

ترجيح انها لا تحتمل مطلقا وهو الظاهر من كلام الشارح هنا لان المتبادر من قوله ثم اجل أجلا معلوما انه احتراز عن الاجل المجهول مطلقا بلا فرق بين الجهالة اليسيرة والمتفاحشة (قوله غير القرض) وبدل الصرف والسلم والثمن عند الاقالة و بعدها وما أخذ به الشفيع ودين حل بموت المديون در عن مداينات الاشباه وقصر الاستثناء على هذه الاشياء يشير الى ان بدل الصلح ولو عن دم عمد يجوز تأجيله ولا ينافيه ماسيأتى فى المتن فى الفصل من كتاب الجنايات حيث قال وان صولح عن دم على مال وجب حالا يرشد الى ذلك قول العينى وانما وجب حالا لانه دين وجب بالعقد والاصل فى مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لانها لم تجب بالعقد انتهى فما اشتهر على السنة الناس من ان بدل الصلح لا يصح فيه التأجيل لا أصل له واعلم انه فى الدر ذكر فى الباب الآتى باب الاستحقاق فرعا وعزاه للدرر فقال لو صالح عن الدنانير على دراهم وقبض الدراهم فاستحقت بعد التفرق رجع بالدنانير لان هذا الصلح فى معنى الصرف فاذا استحق البدل بطل الصلح فوجب الرجوع انتهى فاستفيد منه ان بدل الصلح لا يشترط قبضه قبل الافتراق الا اذا كان فى معنى الصرف (قوله يعنى لا يلزم) أشار به الى التورك على المصنف لان ظاهر كلامه يعطى عدم صحة التأجيل فى القرض لما ان المستثنى منه الصحة مع انه جائز غير لازم ويجاب بما فى النهر من انه أراد بالصحة اللزوم او يكون الاستثناء منقطعا وجه عدم لزوم الاجل فى القرض انه عارية ابتداء ولهذا صح بلفظ العارية ولم يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبى معاوضة انتهاء لان الواجب فيه رد المثل فعلى الاول لا يلزم وعلى الثانى لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهذا يقتضى فساده وهو خلاف الاجماع فقلنا بجوازه غير لازم كذا فى النهر وفى قوله وهو خلاف الاجماع نظر لما سيأتى منه عن القنية من تصريحه ببطلانه وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم أو الدنانير المستهلكة اذ بالاستهلاك لا تصير قرضا (تتمة) تأجيل الدين على ثلاثة أوجه باطل فى بدل صرف وسلم وصحيح غير لازم فى قرض واقالة وشفيع ودين ميت ولازم فيما عدا ذلك بحر وأقره المصنف وتعقبه فى النهر بان الملحق بالقرض تأجيله باطل ولنذكر عبارة النهر لتكون ايضاحا لما ذكره فى الدر لو حل الدين بموت المديون فأجل رب الدين وارثه لم يصح وكذا لو أجل المشترى الشفيع فى ثمن وفى القنية أجل المشترى البائع سنة عند الاقالة صحت الاقالة و بطل الاجل ولو تقايلا ثم أجله ينبغى ان لا يصح الاجل عند أبى حنيفة فان الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد انتهى وانما لا يصح تأجيل رب الدين وارث المديون لانه تعين المتروك لقضائه كذا بخط شيخنا يشير به الى ان الاجل انما يكون لما وجب فى الذمة دون الاعيان بقى ان يقال كون الاجل فى القرض يصح ولا يلزم يشير اليه ما فى النهر عن الظهيرية حيث قال القرض المجحود يلزم تأجيله لكن يعكر عليه ما فى النهر أيضا عن القنية حيث قال وفى القنية التأجيل فى القرض باطل فحيث كان القول ببطلان الاجل فى القرض مصرحا به فى القنية فما ادعاه فى النهر من قوله فيما سبق وهذا يقتضى فساده وهو خلاف الاجماع ممنوع واعلم انه فى الدر استثنى من عدم لزوم الاجل فى القرض عدة مسائل فقال تأجيل القرض لا يلزم الا فى اربع اذا كان مجحودا وحكم مالكى بلزومه بعد ثبوت أصل الدين عنده أو احاله على آخر فأجله المقرض أو احاله على مديون مؤجل دينه لان الحوالة مبرئة والرابع أوصى بتأجيل قرضه الذى له على زيد سنة فيصح ويلزم انتهى وقوله اذا كان مجحودا وحكم مالكى الخ يتعين ذكره بواو الحال لا بأو فيكون حكم المالكى قيدا فى المسئلة والدليل على ذلك قوله والرابع والحاصل ان جعل الحكم بلزوم الاجل قيدا فى القرض المجحود يشير اليه ما فى النهر عن القنية حيث قال قضى بلزوم الاجل فى القرض بعدما ثبت عنده معتمدا على قول مالك يصح ويلزم اذ قوله بعدما ثبت يقتضى جحوده لكن يعكر عليه ما فى النهر أيضا عن الاشباه معزيا للظهيرية حيث قال القرض المجحود يلزم تأجيله اذ مقتضى اطلاقه ان لزوم الاجل فيه لا يتوقف على الحكم به وقوله فى الدر او احاله على آخر الخ يعنى احال المستقرض المقرض على آخر بدينه فأجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ

(غير القرض) فان تأجيله لا يصح يعنى لا يلزم حتى لو أجله عند الاقراض مدة معلومة أو بعده لا يثبت الاجل وله أن يطالبه فى الحال الا فى مسئلة وهى ان وصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة وهو يخرج من ثلث ماله يلزمهم أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة

كما في النهر ومثله في الدر رمع زيادة قوله حتى لو أراد المقرض ان يطالب المستقرض بذلك الدين ليس له ذلك قال شيخنا وفيه بحث لان المقرض ليس له مطالبة المستقرض بعد الاحالة على الغير وان لم يؤجل فالتأثير في عدم مطالبة المستقرض للاحالة لا للتأجيل فوجوده وعدمه سواء بقي ان يقال قوله في الدر وحكم مالكي الخ يقتضي اشتراط صدور الحكم به ممن يراه فمفاده انه لو حكم به من لا يراه معتمدا على مذهب غيره لم يلزم ويخالفه ما سبق عن القنية حيث قال قضى بلزوم الاجل معتمدا على قول مالك الخ اذ هو ظاهر في ان الحكم به صدر ممن لا يراه قلت ما في القنية يبتني على القول بانه اذا حكم بمذهب غيره ينفذ وهما قولان مرجحان ولكن عدم النفاذ هو الارجح كما سيأتي في محله (قوله وقال مالك يصح الخ) يتعين ان يكون المراد بالصحة في كلام الامام مالك اللزوم والا فنحن نقول بجوازه مجردا عن اللزوم فلا معنى لذكره حينئذ على وجه المقابلة فتدبر

(باب الربا)

بكسر الراء وفتحها خطأ مقصور على الاشهر وحرمته بالادلة الثلاثة الكتاب والسنة والاجماع فلهذا يكفر مستحله (قوله لكن في المرابحة الخ) يشير بهذا الاستدراك الى وجه تقديم المرابحة لكون الاباحة كما في النهر هي الاصل قلت هذا انما يتم على القول بان الاصل في الاشياء الاباحة لا على ما قيل من ان الاصل فيها الحظر أو التوقف (قوله ويسمى المكان المرتفع ربوة) بضم الراء في الاكثر وبالفتح في لغة بني تميم والكسر لغة مصباح (قوله لفضله على سائر الاماكن) أي لزيادته ارتفاعا زيلعي (قوله هو فضل مال) ولو حكما فدخل ربا النسيئة والبيوع الفاسدة فكلها من الربا فيجب رد عين الربا لو قائما حقا للشرع لا رد ضمانه لانه يملك بالقبض وابراؤه عن الفضل بعد استهلاكه صحيح نهر والمراد ان رد ضمانه لا يجب حقا للشرع وان وجب حقا للعبد حموي عن الاشباه وحيث اريد بفضل المال ما يشمل المعنى الحقيقي والحكمي كما في النهر والدر فحينئذ يستغنى عما ذكره الشارح فيما سيأتي من ان المصنف بنى تعريفه على ما هو الغالب بناء على ما فهمه من قصر فضل المال على المعنى الحقيقي فيلزم كون التعريف غير جامع للافراد لخروج ربا النسيئة وقد علمت خلافه فلا ورود للسؤال من أصله بخلاف ما ذكره في الدرر حيث عرفه بقوله هو فضل أحد المتجانسين على الآخر الخ فانه خاص بربا الفضل ولا ينفعنا في الجواب عن ايراد ربا النسيئة ان يراد بالفضل الاعم من الحقيقي والحكمي لانه لا يطرد لعدم شموله لربا النسيئة في مختلفي الجنس كما لو باعه كر شعير بكر بر نسيئة اذ لا يدخل تحت قوله فضل أحد المتجانسين ولو بعد اعتبار التعميم شيخنا (قوله بلا عوض) خرج به ما سيأتي في الصرف من انه لو باعه كر بر وكر شعير بضعفيهما فانه جائز صرفا للجنس الى خلاف جنسه اذا كان يدا بيد (قوله في معاوضة مال بمال) زاد في الوقاية مشروط لاحد المتعاقدين لانه لو شرط لغيرهما لا يكون ربا نهر فيجوز البيع ويبطل الشرط وما في الشرنبلالية وجرى عليه في الدر من انه يكون فاسدا معللا بانه شرط فيه ما لا يقتضيه العقد قال شيخنا فيه نظر لان الشرط المفسد هو ان لا يكون مما يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين او المبيع ان كان من أهل الاستحقاق بان كان آدميا فان لم يكن كذلك بان كان مما لا يقتضيه العقد لكن فيه مضرة لاحدهما أو ليس فيه منفعة ولا مضرة لاحد أو فيه منفعة لغير المتعاقدين والمبيع جاز البيع وبطل الشرط كما في الاختيار انتهى واعلم ان التقييد بقوله في معاوضة مال بمال مخرج للهبة فليس الفضل في الهبة ربا فلو شرى عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم وزاد دانقا ان وهبه منه انعدم الربا ولم يفسد الشراء وهذا ان ضرها الكسر لانها هبة مشاع لا يقسم در (قوله والفضل ليس بمال) أي حقيقة فلا ينافي ما قدمناه من ان لربا النسيئة حكم المال وعليه فالتعريف شامل لكل من ربا الفضل والنسيئة فلا يرد عليه شيء ليقال انه بنى التعريف على الغالب (قوله وعلته القدر والجنس) لان الاصل

وقال مالك يصح في القرض أيضا

(باب الربا)

تناسب البابين من حيث ان فيهما زيادة لكن في المرابحة زيادة هي حلال وفي الربا زيادة هي حرام والاحتراز عن الشبهة واجب في كل باب ثم الربا في اللغة الفضل يقال هذا ربو على ذلك أي يفضل ويسمى المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر الاماكن وفي الشرع (هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال) أي خال الان بيع الدراهم بالدراهم متساوية جنسا واحدا نسيئة يكون ربا والفضل ليس بمال وانما هو فضل منفعة (وعلته) أي علة وجوب المساواة التي يلزم عند فوتها الربا وعلة كون المال ربا او علة حرمة الفضل (القدر والجنس)

فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا أي بيعوا مثلا بمثل أو بيع الحنطة بالحنطة مثلا بمثل والخبر بمعنى الامر ولما كان الامر للوجوب والبيع مباح صرف الوجوب الى رعاية المماثلة والمماثلة بين الشيئين تكون باعتبار الصورة والمعنى معا والقدر يسوي الصورة والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل الذي هو الربا درر وقوله والخبر بمعنى الامر أي في رواية الرفع وقوله والقدر يسوي الصورة فان كيلا من البر يماثل كيلا من الذرة من حيث الصورة دون المعنى لعدم المجانسة شيخنا والجنس هو مشاكلة المعاني واختلافه يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان نهر واذا كان الاصل واحدا واضيف اليه مختلف الجنس صار جنسين يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما أضيف اليه من الورد أو البنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولا يبالي باتحاد الاصل شرنبلالية (قوله والمراد بالقدر الخ) انما قال ذلك لان القدر يشمل الذرع والعدد وليسا من أموال الربا ألا ترى الى ما سيأتي من تجويزهم البيضة بالبيضتين ونحوه فلو كان العدد من القدر لما جاز ذلك وكذا يتفرع على ان الذرع في الذرعيات ليس بقدر ما ذكره في الدرر من ان فضل عشرة أذرع من الثوب المروي على خمسة اذرع منه لا يكون ربا لانتفاء المعيار الشرعي انتهى ولهذا نقل في النهر عن سعدي ان أل في القدر للعهد (قوله وعند الشافعي الطعم الخ) لحديث معمر بن عبد الله قال كنت اسمع النبي عليه الصلاة والسلام يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل شرط المماثلة وعلله بوصف الطعم فكان علة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره عيني والطعم بالضم الطعام كما في الصحاح وأما بالفتح فمعناه الذوق وهو لا يناسب هنا شيخنا (قوله وقال مالك العلة الاقتيات الخ) لانه عليه السلام خص بالذكر كل مقتات ومدخر ولان العزة والخطر به أكمل فكان انسب واولى بالاعتبار ولنا ما روي من قوله عليه السلام ما وزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به رتب الحكم على القدر والجنس وهو نص على انهما علة الحكم لان ترتيب الحكم على الاسم المشتق ينبئ عن علية مأخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقديره المكيل والموزون مثل بمثل بسبب الكيل أو الوزن مع الجنس زيلعي وثمرة الخلاف تظهر في الجص بالجص متفاضلا كاردب من الجص باردبين منه لا يجوز عندنا لوجود العلة وهي القدر والجنس مطلقا وان لم يكن مما يطعم او يقتات وكذا بيع قنطار من الحديد بقنطارين منه لا يجوز عندنا أيضا وعند الامام مالك والامام الشافعي يجوز ذلك لعدم العلة عندهما وهي الطعم والاقتيات (قوله وحرم النسأ فقط الخ) لا يقال أحدهما جزء العلة وبه لا يثبت الحكم ولا شئ منه فكيف يثبت بأحدهما حرمة النسأ لانا نقول أحدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة النسأ وان كان بعض العلة في حق ربا الفضل فلا يلزم المحظور زيلعي وهو تو زيع أجزاء الحكم على اجزاء العلة شيخنا (قوله بأحدهما) يستثنى من ذلك اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كيلا ينسد اكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقدين لا يجوز اسلامها في الموزونات وان اختلفت أجناسها كاسلام حديد في قطن الا اذا خرج بالصنعة من أن يكون موزونا الا في الذهب والفضة فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز الا في الحديد فلا يجوز لاتحاد الجنس ولهذا يجوز بيع الاناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان او حديدا وان كان أحدهما اثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجري فيهما ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلا تخرج عن الوزن بالعادة نهر وقوله فلا تخرج عن الوزن بالعادة يشير الى ان جواز بيع الاناء من نحاس أو حديد بمثله من جنسه وان كان أحدهما أثقل مقيد بما اذا كان لا يباع وزنا وبه صرح في البحر عن الخانية ونصه باع اناء من حديد بحديد ان كان الاناء يباع وزنا تعتبر المساواة في الوزن والا فلا الخ واما اسلام الفلوس في الموزون فمقتضى ما ذكروه انه لا يجوز لانها

وزنية

قوله عام فيما يحله عبارة الزيلعي بعد سوق الحديث المذكور والمراد به ما يحل الصاع اذ لا يجري الربا في نفسه الصاع وهو عام فيما يحله أي يحل فيه اي الصاع فيتناول المطعوم وغيره الخ اه بحراوي

والمراد بالقدر الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط وقال مالك العلة الاقتيات والادخار (فحرم الفضل والنساء بهما) يعني متى وجد القدر والجنس حرم الفضل والنساء مطلقا سواء كان في المطعوم أو غيره فلا يجوز بيع الحنطة بالحنطة متفاضلا أو بنساء مثلا والنساء بالمد لا غير وهو التأخير كذا في المغرب (و) حرم (النساء فقط) أي دون الفضل (باحدهما) فيجوز بيع البر بالشعير متفاضلا يدا بيد لا نسيئة وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء (وحلا بعدمهما) أي حل التفاضل والنساء اذا عدم القدر والجنس فيجوز

وزنية وذكر الاسبيجابي جوازه لانها عددية وأقول ينبغي ان يقال ان كانت كاسدة لا يجوز لانها وزنية حينئذ وعليه يحمل ما في الفتح نهر (قوله فيجوز بيع المكيل بالموزون) كالحنطة بالدراهم والدنانير وفيه ان القدر لم يعدم وانما عدم الاتصاف فيه حموي (قوله بالتفاضل) فيجوز بيع هروي بمروي بين لعدم العلة وهي وان كانت لا توجب عدم الحكم لكن اذا اتحدت لزم من عدمها العدم لا بمعنى انها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علته فيبقى عدم الحكم على العدم الاصلي واذا عدم سبب الحرمة والاصل في البيع الاباحة كان الثابت الحل نهر عن الفتح لكن لو أبدل قوله فيجوز بيع هروي بمرويين بقوله بهرويين لكان أولى اذ لا فرق في الجواز واذا علم جواز بيع الهروي بالهروي بين فلان يعلم جواز بيعه بالمرويين بالاولى بخلاف العكس لما فيه من الايهام (قوله وصح بيع المكيل الخ) ما نص الشارع على انه مكيل أو موزون فهو كذلك أبدا وان ترك الناس ذلك حتى لو باع المكيل وزنا أو الموزون كيلا لا يجوز وان تساويا في ابيعابه حتى يعلم تساويهما بالاصالة وما لا نص فيه تعتبر العادة وعن أبي يوسف ان العرف على خلاف المنصوص عليه معتبر لان النص عليه في ذلك الوقت انما كان للعادة فكانت هي المنظور اليه في ذلك الوقت وقد تبدلت بحر قال في الحواشي السعدية وعلى هذا فاستقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي ان يكون مبنيا على هذه الرواية وفي النهر عن الكافي الفتوى على عادة الناس وفي الدر عزا ترجيح اعتبار العرف مطلقا الى الكمال لكن في الشرنبلالية عن الكمال على عدم اعتبار العرف بانه يجوز ان يكون على باطل كتعارف أهل زماننا اخراج الشموع والسراج الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل ان يكون على باطل انتهى (قوله وما ينسب الى الرطل) أي يقع عليه كيله أو الى الاوقية نهر وقوله الى الاوقية عطف على قوله الى الرطل والرطل بكسر الراء وفتحها قال الجوهري انه نصف من وهو ما يوزن به وفي البناية انه اثنا عشر أوقية بحر (قوله كالدهن) فانه لا يستمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذ لرطل لذلك تيسيرا فالمراد مواعين معلومات الوزن بحر فلو بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن هداية واستشكله الزيلعي بأن الشيئين اذا استويا في كيل واحد يلزم ان يستويا في كيل آخر أيضا ولا تأثير لكونه معلوما أو مجهولا في ذلك اذ لا يختلف ثقله فيهما وفي الفتح باع الفضة بجنسها كفة ميزان بكفة ميزان جاز وهذا يؤيد ما ادعاه الزيلعي وفي الصيرفية تبايعا تبرا بذهب مضروب كفة بكفة لا يجوز ما لم يعلما وزن الذهب لانه وزني وهذا يشهد لصاحب الهداية والظاهر انهما قولان نهر (قوله وجيده كرديئه) لقوله عليه السلام جيدها ورديئها سواء فالجودة في الاموال الربوية لا تعتبر الا في مال اليتيم فلا يجوز للوصي بيع جيده برديء وينبغي ان يكون الوقف كذلك وفي مال المريض حتى اعتبرت من الثلث وفي القلب الرهن اذا انكسر ونقصت قيمته فللراهن تضمين المرتهن قيمته ذهبا وتكون رهنا نهر والقلب بالضم سوار المرأة (قوله تعيين البدلين) فان كان أحدهما دينا والآخر عينا ان كان العين هو المبيع جاز ويشترط احضار الدين والقبض في المجلس قبل التفرق بالابدان لان الدين لا يتعين الا بالقبض ولو قبض الدين فقط ثم تفرقا جاز نحو بعتك هذا القفيز من الحنطة بقفيز من حنطة جيدة وان كان الدين هو المبيع لم يجز وان أحضره في المجلس كاشتريت منك قفيز حنطة جيدة بهذا القفيز لانه جعل الدين مبيعا فصار بائعا ما ليس عنده وما دخل عليه الباء فهو ثمن بحر (قوله لا تقابضهما) حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز درر (قوله وقال الشافعي التقابض شرط في بيع الطعام الخ) لحديث عمر بن الخطاب انه عليه السلام قال الذهب بالذهب ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه اذا بيع بجنسه لحصول المقصود وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض والمراد بما روى التعيين غير ان ما يتعين به يختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين المشترك ولا بين الحقيقة والمجاز

قوله نهر تمام عبارته وان كانت رائجة جاز لانهم في هذه الحالة أجروها مجرى النقود حتى أوجبوا الزكاة فيها وعليه يحمل ما للاسبيجابي وهذا يجب أن يعول عليه اه بحراوي

مطلب
تعارف اخراج الشموع والسرج الى المقابر حرام لانه تعارف على باطل

بيع المكيل بالموزون بالتفاضل والنساء (وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب الى الرطل) كالدهن ونحوه (بجنسه متساويا لا متفاضلا و) جيده كرديئه فلو باع قفيزا جيدا من حنطة بقفيزين رديئين منها لا يجوز (ويعتبر التعيين لا التقابض في غير الصرف) أي يشترط تعيين البدلين في مجلس العقد فما يجري فيه الربا لا تقابضهما وقال الشافعي التقابض شرط في بيع الطعام بالطعام وفي الصرف التقابض شرط بالاجماع

وانما شرط القبض في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل الخلقة وهو الثمنية لبقاء شبهة عدم التعيين زيلعي وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ كما في العناية ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان والقصر خطأ نهاية عن المغرب وهو مبني على الفتح قاله الكمال (قوله وصح بيع الحفنة الخ) لأن هذه الأشياء ليست بمكيل ولا موزون فانعدمت العلة بانعدام احد شطريها وهو القدر زيلعي ولهذا كانت مضمونة بالقيمة عند الاتلاف اذ لا تقدير في الشرع بما دون نصف الصاع (قوله بالحفنتين يدا بيد) واما بيعها بالحفنتين نسيئة فلا يجوز لوجود الجنس حتى اذا انتفى الجنس مع القدر الشرعي حل البيع مطلقا ولو بالنساء لانتفاء كل واحد من جزئي العلة كبيع حفنة من بر بحفنتين من شعير در روكما جاز بيع الحفنة بالحفنتين فكذا بالثلاث الى ست حفنات لان أدنى ما يكون مال الربا نصف صاع والست من الحفنات لا تبلغ نصف صاع وفي التقييد بالحفنة والحفنتين وارادة بهما ما دون نصف صاع ايماء الى انه لو باع ما دون نصف صاع بنصف صاع او اكثر لم يجز لوجود المعيار من أحد الجانبين فتحقق الشبهة وعلى هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من الذهب أو الفضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا اذ لا تدخل تحت الوزن زيلعي (تتمة) ما سبق من ان أدنى ما يكون مال الربا نصف صاع ليس متفقا عليه ولهذا قال القهستاني بعد كلام وفيه اشارة الى ان كل واحد من البدلين اذا لم يبلغ نصف صاع أو قفيزا على الروايتين أو العبارتين فلا بأس به واما اذا بلغ أحدهما دون الآخر كما اذا باع أقل من نصف القفيز من البر بقفيز منه جاز على رواية الاصل الخ (قوله قدر ملء الكف) مخالف لما في النهر عن الصحاح حيث قال وهي ملء الكفين ثم رأيت في القهستاني ما نصه الحفنة بفتح المهملة وسكون الفاء ملء الكفين كما في الصحاح والمقاييس لكن في المغرب والقاموس والطلبة والنهاية ملء الكف اه (قوله خلافا للشافعي) ولمحمد أيضا في النهر وروى المعلى عن محمد انه يكره التمرة بالتمرتين وقال كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام اه وهذا هو الصحيح در عن الكمال لصيانة أموال الناس اذ عدم التقدير في الشرع بما دون نصف الصاع لا يستلزم اهدار التفاوت فعلى ما ذكره الكمال من ان الفضل المتيقن حرام وان لم يدخل تحت أدنى الكيل الذي ورد الشرع به وهو نصف صاع لا يكون للقدر حينئذ مدخل في علة الربا فالعلة هي الجنس فقط ومن هنا يعلم ثبوت الحرمة بالطريق الاولى فيما اذا اتخذ بيع الحفنة بالحفنتين وسيلة الى بيع نحو الكر بالكرين (قوله أي صح بيع الحفنة بالحفنتين الخ حال كونهما معينين) أشار الشارح بهذا الى ان قوله بأعيانهما يتعلق بجملة هذه المسائل من بيع الحفنة الى بيع الفلس لا انه خاص بمسئلة بيع الفلس بالفلسين فقط كما يتوهم من كلام الزيلعي والعيني ولهذا تورك في الدر على مصنف التنوير حيث ذكر قوله بأعيانهما عقب الفلس والفلسين مقدما على بيع التمرة بالتمرتين فقال لو أخره لكان أولى (تتمة) باع فلوسا بمثلها أو بدراهم أو بدنانير فان نقد أحدهما جاز وان تفرقا بلا قبض أحدهما لم يجز تنوير وشرحه وما في البحر عن المحيط من قوله وان افترقا لا عن قبض أحدهما جاز صوابه بطل شيخ شاهين (قوله أو باع فلسا بعينه بفلسين غير معينين لا يصح) الا اذا قبض الدين الذي بغير عينه في المجلس فانه يجوز واما اذا كان البدلان غير معينين فلا يجوز وان تقابضا في المجلس نهر عن المحيط (قوله وعند محمد لا يصح بيع الفلس الخ) لانه ثمن فصار كالدرهم بالدرهمين نهر ولهما انه صار ثمنا باصطلاح الناس وقد خرج عن الثمنية باصطلاح العاقدين فان قيل اذا بطلت الثمنية عاد الى أصله موزونا فلا يجوز بيعه متفاضلا قلنا لا يعود موزونا لان اصطلاحهما على العد باق ولا يلزم من بطلان الثمنية بطلان العد زيلعي (قوله وقال محمد الخ) لنهيه عليه السلام عن بيع اللحم بالحيوان رواه في الموطأ ولانهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة وكذا متفاضلا ولهما انه بيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلا لاختلافهما جنسا لان الحيوان ليست فيه مالية اللحم اذ هي معلقة بفعل شرعي وهو الذكاة الا ترى انه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنسا آخر غير اللحم ولهذا قال الله تعالى

(وصح بيع الحفنة بالحفنتين) بالحاء
المهملة قدر ملء الكف وبالجيم قدر
ملء القصعة ومادون نصف الصاع
فهو في حكم الحفنة (والتفاحة
بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين
والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين)
خلافا للشافعي في جميع هذه الصور
(و) صح بيع (الفلس بالفلسين
بأعيانهما) أي صح بيع الحفنة
بالحفنتين الى آخره حال كونهما
معينين حتى لو كان أحدهما بغير عينه
بان باع فلسين معينين بفلس غير
معين أو باع فلسا بعينه بفلسين غير
معينين لا يصح وعند محمد لا يصح بيع
الفلس بالفلسين مطلقا (و) صح بيع
(اللحم بالحيوان) مطلقا عندهما سواء
كان من جنسه بان باع لحم شاة بشاة
أو من خلاف جنسه بان باع لحم بقر
بشاة وقال محمد والشافعي اذا كان
اللحم من جنسه لا يصح الا ان يكون
اللحم المفرز

فكسونا العظام لحمـاثم أنشأناه خلقا آخر أى بنفخ الروح فاذا كان جنسا آخر جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وانمـا لايجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة لان المتأخر منهما لايمكن ضبطه عـلى ماعرف فى باب السلم لا لانهما جنس واحد الاترى انه لايجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس أيضا زيلعى فاستفيد منه ان مبنى الخلاف عـلى ان لحم الشـاة مع الشـاة الحية جنس واحـد عند محمد وعندهما جنسان بقى ان يقال صريح كلام الشارح ان الشافعى يقول بقول محمد اذا كان اللحم المفرز أكثر ممـا فى الشاة يجوز البيع والظاهر من كلام الزيلعى والعينى عدم جواز البيع أصلا عند الشافعى وأحمد (قوله أكثر من اللحم الذى فى الشاة) اعلم ان هـذا اذا لم تكن الشـاة مذبوحة غير مسلوخة فان كانت كذلك فاشتراها بلحم الشاة فالجواب فى قولهم جميعا كما قال محمـد عينى قال وأراد بغير المسلوخة غير المفصولة عن السقط ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحـة يجوز فى قولهم جميعا انتهى وعلى هـذا شاتان مذبوحتان بشاة مذبوحـة لم تسلخ يجوز بحر فان قلت ماسبق من انه أراد بالمسلوخة التى لم تفصل عن السقط فيه نظر لانه لايشترط لجواز البيع عدم فصل السقط حتى لو بقى الجلد وحده متصلا بهـا لم يسلخ وكان اللحم المفرز أكثر ممـا فيها يجوز البيـع أيضا لتكون الزيادة فى المفرز بمقابلة الجلد قلت الجلد من مسمى السقط اذ هو مالا يطلق عليـه اسم اللحم كالكرش والمعـلاق والجلد والأكارع كما فى النهر فالغرض الاحتراز عمـا لو فصل السقط كله الشـامل للجلد وغيره (تتمـة) لابأس بالسمك واحـدا باثنين لانه لايوزن وما تعورف فيه الوزن فـلا خير فيه الا مثلا بمثل بحر عن الخانية (قوله والكرباس) فى القاموس الكرباس بكسر الكاف ثوب من القطن الابيض جوى (قوله بالقطن) وكذا بالغزل لاختلافهما جنسا ولو باع القطن بغزله جاز عنـد محمد لاختـلاف الجنس لان الغزل لاينقض فيعود قطنـا ومنعـه ابو يوسف الا متساويا وقول محمد أظهر ولو باع المحلوج بغيره جاز اذا علم ان الخـالص أكثر ممـا فى الآخر ولو باع شاة على ظهرها صوف أوفى ضرعها لبن بصوف أولبن يشترط ان يكون الصوف واللبن أكثر ممـا فى الشاة زيلعى (تتمـة) بيـع الصوف بلبده ان كان اللبد بحـال لو نقض يعود صوفا تعتبر المسـاواة فى الوزن وان كان لايعود لاتعتـبر شيخ شاهين عن مجمع الروايات ولا بأس بغزل قطن بثياب قطن يدا بيد وكذا غزل كل جنس بثيـابه اذا لم توزن در عن القنية (قوله أى كيلا) كذا فى غير كتاب خـلافا للعينى حيث اعتبر التمـاثل بالوزن شيخنا (قوله وعند أبى يوسف ومحمد والشافعى لايصح) لقوله عليه السلام حين سئل عنه أينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه الصلاة والسلام لا اذا فأفسد البيع وأشار الى العلة وهى النقصان وله قوله عليه السلام فى الحديث المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والرطب تمر فيجوز بيعه بالتمر متمـاثلا والدليل على انه تمر ماروى انه عليه السلام حين اهدى اليه رطب قال أوكل تمر خيبر هكذا ولانه ان كان تمرا جاز بيعه بأول الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثلا بمثل وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم وماروياه لم يصح لان مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عنـد النقلة ولو باع البسر بالتمر لايجوز التفاضل لانه تمر عـلى ما بينا بخـلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بمـا شاء من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر يطلق عليه من أول ماتنعقد صورته لا قبله زيلعى والكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصورا اسم لوعاء الطلع وهى كم النخل أول ماينشق واعلم ان الزيلعى تبع صاحب الهداية حيث ذكر ان زيد بن عياش ضعيف وتعقبـه فى البناية بأنه ثقة عند النقلة قال الخطابى وقد تكلم بعض الناس فى اسـناد هذا الحديث وقال زيد بن عياش مجهول وليس كذلك فان ابن عياش هـذا مولى لبنى زهرة وقد ذكره مالك فى الموطأ وأخرج حديثه مع شدة نقده للرجال وتتبعه لاحوالهم وأخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح ورواه أحمد فى مسنده وابن حبـان فى صحيحه والحـاكم فى المستدرك وقال هذا حديث صحيح لاجماع أئمة النقل على أمانة مالك بن أنس وانه محكم لمـا يرويه انتهى قال الاكمل سلمنا قوته فى الحـديث ولكنه خبر واحد لايعـارض به المشهور ومافى

أكثر من اللحم الذى فى الشاة ليكون اللحم بمقابلة مافيه من اللحم والباقى بازاء السقط (و) صح بيع (الكرباس بالقطن) مطلقا سواء كان متساويا أو متفاضلا (و) صح بيع (الرطب بالرطب) متماثلا (او بالتمر متماثلا) أى كيلا بكيل عنده وعند أبى يوسف ومحمد والشافعى لايصح (و) صح بيع (العنب بالعنب) مطلقا سواء علم التفاوت بعد الجفاف اولا (والزبيب بالزبيب كبيع العنب بالعنب) أى صح بيع الرطب بالتمر على الخلاف

غاية البيان من ان المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش رده في البناية (قوله وقيل لا يصح اتفاقا) كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق له على هذه الرواية ان اطلاق اسم التمر على الرطب استعمل كالمر ولا كذلك الزبيب نهر (قوله واللحوم المختلفة الخ) ولحم الجاموس والبقر جنس واحد وكذا لحم المعز مع الضأن فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا بخلاف بيع لحم الطير بجنسه متفاضلا حيث يجوز لانه غير مقدر زيلعي (قوله الدقل) بفتح الدال والقاف نهر (قوله وشحم البطن بالالية) أو باللحم وان كانت كلها من الضأن لانها أجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد عيني وفي التعليل ايماء الى ان المذكور واذا كان من شاة واحدة فالحكم لا يختلف أيضا (قوله والخبز بالبر أو الدقيق) يدا بيد فان كان نسيئة ان كانت الحنطة هي المتأخرة جاز لانه أسلم موزونا في مكيل وفي عكسه لا يجوز عند الامام لانه لا يوقف على حده فانه يتفاوت في الصنعة عجنا وخبزا وكذا عند محمد لانه عددي عنده ويجوز عند أبي يوسف لانه وزني عنده أو يجوز بشرط الوزن وان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى لحاجة الناس نهر ويجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين وكانا على صفة واحدة من النعومة وفي الخلاصة يجوز وان كان أحدهما أخشن وان بالوزن ففيه روايتان عيني (قوله متفاضلا) في أصح الروايتين عن الامام قيل هو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة وعليه الفتوى عددا أو وزنا كيف ما اصطلحوا عليه لانه بالصنعة صار جنسا آخر والبر والدقيق مكيلان فانتفت العلتان ولا يخفى ان هذا في الحنطة ظاهر لانها مكيلة والخبز اما موزون أو معدود واما الدقيق فوزني في عرفنا ومع هذا يجوز التفاضل لاختلاف الجنس بالصنعة فقط نهر (قوله لا بيع البر بالدقيق أو السويق) لانه جنسه من وجه والمعيار فيهما الكيل وهو غير موصل فكان فيه شبهة الربا نهر وكذا لا يجوز بيع الدقيق بالسويق لا متفاضلا ولا متساويا عند أبي حنيفة وقالا يجوز كيفما كان عيني لانهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود الا ترى ان أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر وللامام انهما جنس واحد من وجه شيخنا (قوله والسمسم) بكسر السين وحكى فتحها صحاح (قوله والشيرج) هو معرب وهو دهن السمسم وقيل للدهن الابيض وللعصير قبل ان يتغير شيرج تشبيها به لصفائه وهو بفتح الشين مثل زينب وهو ملحق بباب فعلل نحو جعفر ولا يجوز كسر الشين لانه يصير من باب درهم وهو قليل ومع قلته فأمثلته محصورة وليس هذا منها مصباح (قوله حتى يكون الزيت والشيرج أكثر الخ) فان قيل على هذا ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا كيلا على وجه الاعتبار بأن يصرف كل جنس الى خلاف جنسه قلنا ذلك يتأتى في المنفصل دون المتصل زيلعي (قوله والزيادة بالثجير) هذا اذا كان له قيمة فان كان لا قيمة له كما في زبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرز نهر عن الخانية والثجير بفتح الثاء المثلثة ثفل كل شئ يعصر كما في الصحاح والعامة تقوله بالمثناة وهو خطأ (قوله صح عند زفر) لان الاصل في العقد هو الجواز فلا يفسد بالشك والاحتمال ولنا ان جهة الفساد غالبة لانه يفسد من وجهين ويصح من وجه واحد عيني ولان المتوهم في الربا كالمحقق زيلعي (قوله وزنا لا عددا) لان الوزن يوجب التساوي دون العدد نهر (قوله وعليه الفتوى) قال في الفتح وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وانا ارى ان قول محمد أحسن وفي شرح المجمع لابن الملك وعليه الفتوى وفي المجتبى باع رغيفا نقدا برغيفين نسيئة يجوز ولو كان الرغيفان نقدا والرغيف نسيئة لا يجوز ولو باع كسيرات الخبز يجوز نقدا ونسيئة كيفما كان نهر (قوله لا يجوز مطلقا) لانه وان وزن فهو متفاوت بتفاوت الخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر والاستقراض انما يصح في المثلي (تتمة) قال محمد ثلاث من الدناءة استقراض الخبز والجلوس على باب الحمام والنظر في مرآة الحجام بحر عن الجوهرة (قوله وعند محمد يجوز مطلقا) لتوافق الناس على اهدار التفاوت كاهداره ما بين الجوزتين (قوله ولا ربا بين السيد وعبده)

وقيل لا يصح اتفاقا (و) صح بيع (اللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا و) صح بيع (لبن البقر والغنم) أي بيع لبن البقر بلبن الغنم ولبن الغنم بلبن البقر متفاضلا (وخل الدقل) أي خل اردأ التمر (بخل العنب وشحم البطن بالالية أو باللحم والخبز بالبر والدقيق متفاضلا) متعلق بجميع هذه المسائل وعن أبي حنيفة لا خير في بيع الخبز بهما والفتوى على الاول (لا بيع) أي لا يصح بيع (البر بالدقيق او بالسويق) مطلقا سواء كان متساويا او متفاضلا (و) لا بيع (الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم) ليكون الدهن مثله والزيادة بالثجير اعلم ان بيع احدهما بالآخر على اربعة اوجه ان علم ان الزيت الذي في الزيتون اكثر من الزيت المنفصل لم يصح وكذا ان علم انه مثله وان كان الزيت المنفصل اكثر جاز وهذه الثلاثة بالاجماع وان لم يعلم انه مثله او اكثر منه او اقل منه صح عند زفر وعندنا لا يصح (و) يستقرض الخبز وزنا لا عددا) عند ابي يوسف وعليه الفتوى وعند ابي حنيفة لا يجوز مطلقا وعند محمد يجوز مطلقا (ولا ربا بين السيد وعبده) هذا اذا كان العبد مأذونا غير مديون

ولومدبرا أوام ولد بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا فى كسبه نهر (قوله فان كان مديونا لايصح) كذا فى الهداية أما عند الامام فلعدم ملكه لما فى يده وأما عندهما فلتعلق حق الغرماء والمصنف تبع صاحب المبسوط فى الاطلاق وهو التحقيق كما فى الدراية وانما يرد الزائد لا للربا بل لتعلق حق الغرماء والمتفاوضان لاربا بينهما لان الكل مالهما وكذا شريكا العنان اذا تبايعا من مال الشركة زيلعى (قوله ولاربا بين المسلم والحربى ثمة) ولو بعقد فاسد درلقوله عليه السلام لاربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب رواه مكحول عينى وكذا اذا باع منه ميتة أو خمرا أو خنزيرا أو قامرهم وأخذ المال نهر وبحر لان ماله مباح فيحل برضاه بان كان بلا غدر وحكم من أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر كحربى فللمسلم الربا معه خلافا لهما لان ماله غير معصوم ولوهاجر الينا ثم عاد اليهم لم يجز الربا معه لكونه أحرز ماله بدارنا فكان من أهل دار الاسلام بحر عن الجوهرة وكذا لو أسلما ولم يهاجرا نهر عن ايضاح الكرمانى والحاصل ان الربا حرام الا فى هذه الخمس الاولى السيد مع عبده الثانية شريكا المفاوضة الثالثة شريكا العنان الرابعة المسلم مع الحربى ثمة الخامسة المسلم مع الذى أسلم بدار الحرب ولم يهاجر واعلم ان ماوقع فى الدرمن قوله فلوهاجر الينا ثم عاد اليهم فلاربا اتفاقا وعزاه للجوهرة صوابه فلا يجوز الربا كما سبق عن البحر معزيا للجوهرة وكذا قوله والحاصل ان الربا حرام الا فى هذه الست مسائل صوابه الا فى هذه الخمس مسائل (تتمة) حل الربا للمسلم مع الحربى ليس على اطلاقه بل مقيد بما اذا كانت الزيادة ينالها المسلم والا فالربا يشمل مالو كان الزائد من جهة المسلم بحر عن الفتح (قوله خلافا لابى يوسف والشافعى) لان المسلم التزم بالامان ان لا يتملك مالهم الا بالعقد وهذا العقد فاسد فلا يفيد الملك الحلال والحجة عليهما ماسبق من الحديث ولان مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما الا انه التزم ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما فى ايديهم بدون رضاهم فاذا أخذه برضاهم ملكه بحكم الاباحة السابقة زيلعى وقوله لم يصر معصوما أراد بالعصمة التقوم لما فى الشرنبلالية عن البدائع حيث علل لمذهب الامام بان العصمة وان كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن بالاتلاف وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان

(باب الحقوق)

حق هذا الباب ان يذكر قبل الخيار الا ان المصنف كصاحب الهداية اقتفى أثر محمد فى الجامع الصغير حيث ذكر الحقوق هنا وأشار الشارح بقوله وله مناسبة الخ الى وجه تأخيره لان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد مسائل البيوع وأشار بقوله ذكر فى هذا الباب ما يتبعهما أى المبيع والثمن من الحقوق الى ان ال فى الحقوق للعهد الذهنى لا للجنس ولا للاستغراق شيخنا (قوله العلو) بضم العين وكسرها خلاف السفل بحر عن المصباح وذكر فى الدر انه مثلث العين وفى النهر وقيل بكسرها لاغير واللام ساكنة انتهى وقوله واللام ساكنة يتعلق بجميع الاوجه لا بخصوص كسر العين فقط (قوله لايدخل بشراء بيت الخ) وجه الفرق ان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل بدون التنصيص عليه والدار اسم لما ادير عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من أجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر والمنزل بين الدار والبيت لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بأهله مع ضرب من القصور فانه ليس فيه اصطبل فكان له شبه بهما فلشبهه بالدار يدخل تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر زيلعى (قوله أو بمرافقه) جمع مرفق بكسر الميم وفتح الفاء لاغير كالمطبخ والكنيف بخلاف المرفق فى العضو فان فيه فتح الميم وكسر الفاء وبالعكس وكذا المرفق بمعنى ما ارتفقت به نهر عن المصباح وفيه عن جامع الفصولين المرافق عند أبى يوسف منافع الدار وفى ظاهر الرواية المرافق هى الحقوق كمسيل وطريق

فان كان مديونا لايصح (ولا) ربا
(بين المسلم والحربى ثمة) خلافا لابى
يوسف والشافعى وانما قيد بقوله ثمة
لانه لو دخل دارنا حربى بامان فباع منه
مسلم درهما بدرهمين لايجوز اتفاقا
(باب الحقوق)
لما فرغ من بيان ما هو اصل فى البيع
وهو المبيع والثمن ذكر فى هذا الباب
ما يتبعهما من الحقوق وله مناسبة
خاصة بالربا لان فى بابه بيان فضل هو
حرام وهنا بيان فضل على المبيع هو
حلال (العلو لا يدخل بشراء بيت بكل
حق) أى لو اشترى بيتا فوقه بيت
لا يدخل العلو وان قال اشتريت بكل
حق الا ان ينص عليه (و) لا يدخل
(بشراء منزل الا) ان يقول اشتريت
(بكل حق هو له او بمرافقه أو بكل
قليل وكثير هو فيه أو منه) فحينئذ
يدخل العلو (ويدخل بشراء دار

واعلم ان ما سبق من قوله في النهر بخلاف المرفق في العضو كذا وجدته بخط شيخنا والذي بخط السيد الحموي في الوضوء بدل قوله في العضو وكلاهما صحيح (قوله كالكنيف) يجمع على كنف سمي به لانه يستر صاحبه أي كما يدخل الكنيف في شراء الدار بلا ذكر لانه منها عادة ولو كان خارجها على الظلة وكذا يدخل بئر الماء والاشجار التي في صحنها والبستان الداخل وأما الخارج فان كان أصغر منها فكذلك والا بان كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل الا بالشرط نهر (قوله لا الظلة) بالضم كهيئة الصفة وبالكسر البيت الكبير من الشعر نهر عن الصحاح (قوله مطلقا) هذا اطلاق في مقابلة التفصيل الآتي عندهما اى سواء كان مفتحها من الدار اولا (قوله الا ان يقول اشتريت بكل حق) أو نحوه كقوله بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو منها بحر عن البناية (قوله وعندهما تدخل بلا ذكر الخ) لانها من توابع الدار كالكنيف وللامام انها مبنية على الطريق فاخذت حكمه بحر (قوله أعم من أختيها) أى بحسب التحقق والحصول لا باعتبار المفهوم حموى (قوله ولا يدخل الطريق الخ) لان هذه الاشياء تابعة من وجه من حيث انها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها أصل من وجه من حيث انها يتصور وجودها بدون المبيع فلا تدخل الا بذكر الحقوق أو المرافق والمراد الطريق الخاص في ملك انسان أما الطريق الى سكة غير نافذة أو الى طريق عام فيدخل فان ذكر الحقوق وقال البائع ليس للدار المبيعة طريق فالمشترى لا يستحق الطريق بغير حجة لكن له ان يردها بالعيب نهر (قوله والشرب) في بيع الارض أو المسكن نهر (قوله الا اذا قال بنحو كل حق) لان كلا منها خارج عن الحدود فكانت تابعة فتدخل بذكر التوابع والطريق الذي يدخل بنحو كل حق الذي يكون وقت البيع حتى لو سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر فباع المنزل بحقوقه دخل الطريق الثاني دون المسدود بحر عن البناية وقوله وجعل له طريقا آخر أى في ملكه الخاص شيخنا (قوله بخلاف الاجارة) وجه الفرق ان الاجارة تعقد للانتفاع بخلاف البيع لانه قد يكون للتجارة ولهذا لو استثنى هذه الاشياء عن عقد الاجارة تبطل اذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستأجرة الا بهذه الاشياء فوجب دخولها فيها تصحيحا للعقد الا ترى انه لو استأجر الطريق من صاحب العين لا يجوز يعني لعدم الانتفاع به دون العين فتعين الدخول فيها ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه زيلعي فهذا تقييد لقول المصنف بخلاف الاجارة فافاد ان دخول المسيل في الاجارة بلا ذكر الحقوق مقيد بما اذا لم يكن في ملك خاص فان كان لا يدخل المسيل حينئذ الا اذا ذكر نحو بكل حق شيخنا (تتمة) الرهن والوقف كالاجارة اما الاقرار بدار والصلح عليها والوصية بها فكالبيع ولا تدخل في القسمة وان ذكر الحقوق والمرافق الا برضا صريح وفي الحواشي اليعقوبية ينبغي ان يكون الرهن كالبيع اذ لا يقصد به الانتفاع قلت هو جيد لولا مخالفته للمنقول ففي الخلاصة ويدخل الطريق في الرهن والصدقة الموقوفة كالاجارة واعتمده المصنف تبعا للبحر نعم ينبغي ان تكون الهبة والنكاح والخلع والعتق على مال كالبيع والوجه فيها لا يخفى دربق ان يقال ما ذكره في الدر تبعا لما في النهر عن الفتح من قوله ولا تدخل في القسمة وان ذكر الحقوق الخ يخالفه ما في البحر عن المعراج ونصه ولا تدخل الا بذكر الحقوق الخ ثم اذا أمكنه فتح باب صحت القسمة والا فسدت بحر وهو محمول على ما اذا لم يعلم ذلك وقت القسمة فلا يخالف ما في النهر عن ابن وهبان اذا لم يمكنه فتح باب وقد علم ذلك وقت القسمة صحت وان لم يعلم فسدت (قوله فان فيها يدخل الطريق الخ) لان المقصود منها الانتفاع كما سبق اما البيع فالمقصود منه ملك الرقبة ولهذا صح شراء جحش كما ولد وأرض مسبخة دون اجارتهما ولو اشترى علوا واستثنى الطريق جاز بخلاف الاجارة نهر

كالكنيف) وهو المستراح (لا الظلة) يقال لها بالفارسية ساباط أى لا تدخل الظلة في بيع الدار عند أبي حنيفة مطلقا (الا) ان يقول اشتريت (بكل حق) وعندهما تدخل بلا ذكر حقوق ان كان مفتحها في الدار فالبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكان الدار أعم من أختيها لاشتمالها عليهما هذا في عرف أهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك (ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب) بالكسر نصيب من الماء (الا) اذا قال اشتريت هذا البيت أو الارض (بنحو كل حق) فحينئذ يدخل (بخلاف الاجارة) فانه فيها يدخل الطريق والمسيل والشرب من غير ذكر قوله بنحو كل حق

(باب الاستحقاق)

قال فى الدرر لم يذكر الحقوق كما ذكرت فى سائر المتون لانها ذكرت فى أوائل البيوع انتهى قال عزمى لم نطلع على ذلك الامن جهة صاحب الوقاية وقد ذكر صاحب الكنز للحقوق بابا وللاستحقاق بابا آخر انتهى وأجاب شيخنا بانه لم يرد بقوله كما ذكرت فى سائر المتون جمعها فى باب واحد كما فعل فى الوقاية بل اراد ذكر الحقوق فى باب مستقل مقدم على باب الاستحقاق فاعتراض عزمى ساقط (قوله وبيع الفضولى) أشار الى ان المصنف ترجم لشئ وزاد عليه حموى (قوله البينة حجة متعدية) لانها لا تصير حجة الا بالقضاء وللقاضى ولاية عامة فينفذ قضاؤه فى حق الكافة زيلعى (قوله حتى يظهر الخ) أى حتى يظهر القضاء بها فى حق كافة الناس قال الحموى فيه ان البينة ليست حجة متعدية فى حق الكافة فى كل ماثبت بالبينة وان كان ظاهر كلام المصنف ذلك فليراجع البحر انتهى والذى فى البحر عند قول المصنف والتناقض يمنع دعوى الملك ان القضاء بالبينة حجة متعدية الى الكافة فى العتق والنكاح والنسب والولاء وفى الوقف يقتصر على المقضى عليه فى الاصح فتسمع دعوى غيره انه ملكه على مافى البحر أوانه وقف عليه على مافى الدرر وكذا فى القضاء بالملك يقتصر على المقضى عليه وعلى من تلقى الملك منه ثم قال فى البحر وحاصله ان القضاء على المشترى قضاء على بائعه بالشرط السابق انتهى يعنى ان قال المشترى فى جواب المدعى هو ملكى لانى اشتريته من فلان يعنى من البائع صار البائع مقضيا عليه حتى لا تسمع دعوى البائع شيخنا وفى النهر عن فتح القدير القضاء باستحقاق المبيع من يد المشترى قضاء على الكل وعلى الوارث قضاء على المورث بشرطه وبين شيخنا الشرط بقوله بان يقول الوارث فى جواب المدعى هو ملكى لانى ورثته انتهى وذكر منلا خسرو ان الحكم بالحرية الاصلية حكم على الكافة حتى لا تسمع دعوى الملك من أحد وكذا العتق وفروعه وفى الملك المؤرخ على الكافة من وقت التاريخ لا قبله فصارت مسائل الباب على قسمين احدهما عتق فى ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الاصل والقضاء به قضاء على كافة الناس والثانى القضاء بالعتق فى الملك المؤرخ فهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ ولا يكون قضاء قبله واستنبط شيخنا من كلام منلا خسرو ان القضاء بالنكاح لمن ادعاه واثبته يكون قضاء فى حق كافة الناس من وقت التاريخ فلا تسمع دعوى أحد نكاحها من ذلك الوقت مابقى النكاح المقضى به وقبل الوقت الذى ارخه تقبل ويبطل به الحكم للاول لانه يصير قضاء على الكافة من وقت التاريخ لا قبله انتهى (قوله انها حرة الاصل) أوانها ملك فلان وقد اعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها نهر (قوله والامة تدعى) قيد اتفاقى نهر عن الفتح والاصل فى القيود ان تكون لبيان الواقع شيخنا عن الرهاوى (قوله تقبل بينته) لان التناقض فى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى نهر عن الفتح (قوله البينة فعيلة) الظاهر ان يقال فعيلة كما فى بعض النسخ حموى لان الاصل بينة استثقلت الكسرة على العين فحذفت فسكنت فادغمت العين فى الياء بعد اجتلاب حركة الياء أو نقول نقلت حركة العين للياء بعدها فادغمت شيخنا (قوله أى ليس الاقرار بحجة متعدية) بل هو حجة قاصرة فلا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه عينى ولا يخفى مافيه حيث فرع عدم توقفه على القضاء على كونه حجة قاصرة والظاهر ان يقال كما فى الزيلعى والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء الخ وعند اجتماع الاقرار والبينة يقضى بالاقرار على الاظهر الا عند الحاجة فبالبينة والحاجة رجوعه بالثمن كذا بخط شيخنا واعلم انه يرد على كون الاقرار حجة قاصرة مسئلتان الاولى أراد الزوج ان يسافر بامرأته فاقرت بدين لانسان فانه يمنعها من السفر والثانية أقر المؤجر بدين يصح وتفسخ الاجارة فلم يقتصر الاقرار على المقر والجواب ان هذا الاقرار وان كان على الغير لكنه صادف خالص حق المقر وهو الذمة ثم لزم منه اتلاف حق الغير بالضرورة وهذا قول أبى حنيفة وعندهما لا يصدق المؤجر فى حق المستأجر فلا تنقض الاجارة ولا المرأة فى حق الزوج فلا يملك المقر له منعه من نقلها بحر (قوله والتناقض) وهو كما فى المصباح التدافع يقال تناقض الكلامان

وبيع الفضولى استحقاق الحقوق
يكون بعدها الا بحالة (البينة حجة
متعدية) حتى تظهر فى حق كافة
الناس كما اذا اشترى أمة فادعى
المشترى انها حرة الاصل والامة تدعى
وأقام البينة على دعواه تقبل بينته
ويرجع بالثمن على البائع واذا ثبتت
حريتها فى حق البائع ثبتت فى حق
كافة الناس البينة فعيلة من البينونة
أو البيان كذا فى المغرب (لا الاقرار)
أى الاقرار ليس بحجة متعدية حتى
يقتصر على المدعى كما اذا اشترى أمة
وقبضها ثم ادعى انها ملك فلان وفلان
يدعيها لا يرجع بالثمن على البائع
(والتناقض) فى الدعوى

تدافعا كان كل واحد نقض الآخر وفي كلامه تناقض كان بعضه يقتضي ابطال بعض نهر واعلم ان التناقض انما يتحقق اذا كان كلا الدعويين عند القاضي قال في النهر وهو الاوجه عندي مخالفا لما في البزازية من انه يكتفي بكون الدعوى الثانية عند الحاكم واقول ذكر في البحر في مسائل شتى من متفرقات كتاب القضاء ما نصه اعلم انهم اختلفوا في اشتراط كون الكلامين عند القاضي فمنهم من شرطه ومنهم من شرط كون الثاني عند القاضي فقط ذكر القولين في البزازية ولم يرجح وينبغي ترجيح الثاني انتهى ثم ذكر بعد نحو أربع ورقات ان التناقض المانع اما ان يسمع الحاكم الكلامين أو يسمع الثاني فيدعي المدعى عليه انه قال أولا كذا يريد دفعه فينكر فيبرهن المدعى عليه على قوله الاول فيثبت التناقض وهذا هو طريق دفع الدعوى وسيأتي في الخمسة من الدعوى انتهى (قوله يمنع دعوى الملك) أي ملك العين أو المنفعة لما في الصغرى طلب نكاح الامة مانع من دعوى تملكها وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها وكما يمنعها لنفسه يمنعها لغيره فلو ادعى انه لفلان وكله بالخصومة ثم ادعى انه لفلان آخر وكله بالخصومة لا يقبل الا اذا وفق وقال لفلان الاول وقد وكلني بالخصومة ثم باعه من الثاني و وكلني أيضا والتدارك ممكن بان غاب عن المجلس وجاء بعد مدة وبرهن على ذلك وقيل امكان التوفيق كاف حكاه في الخلاصة واختار الخجندي انه ان كان من المدعي فلا بد من التوفيق بالفعل وان كان من المدعى عليه فالامكان كاف ولو ادعى انه لزيد وقد وكله بالخصومة ثم ادعاه لنفسه و برهن لا يقبل الا اذا وفق ولو لنفسه ثم لفلان و برهن يقبل ولو ادعى عليه دينا فانكر ثم ادعى انه شركة لا يقبل وفي عكسه يقبل لان مال الشركة يجوز ان يكون دينا يعني بالجحود والدين لا يصير مال الشركة بحر ونهر (قوله كما لو اشترى أمة الخ) ذكر صاحب الاشباه عن الخلاصة اشترى عبدا وقبضه ثم ادعى ان البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن فانه يقبل انتهى فتأمله مع ما ذكره الشارح حموي قال شيخنا تأملته فوجدت التناقض هنا في موضع الخفاء لان البائع ينتقل بالمبيع والمشتري يخفى عليه بيعه قبل شرائه فلهذا قبل برهانه في مسئلة الخلاصة وفي مسئلة دعوى المشتري انها ملك فلان وفلان يدعي تناقض باقدامه على الشراء في غير موضع الخفاء لانه كالاقرار بانها ملك البائع فبدعواه الملك لغيره ناقض نفسه وملك الغير ليس فيه خفاء بخلاف بيعه من غير المشتري قبل شرائه فان فيه خفاء لما علمت انتهى (قوله وأقام المشتري بينة على دعواه) يعني ليرجع بالثمن شيخنا (قوله فاذا ادعى لغيره كان متناقضا) ولو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان يقبل لعدم التناقض نهر عن الفتح ويؤاخذ البائع بالثمن ولو لم يقم بينة على اقرار البائع بذلك ولكنه طلب يمينه بالله ما هي للمدعي كان له ذلك لانه يحتمل ان ينكل عن اليمين فيصير بنكوله كالمقر ويسترد منه الثمن بعد ذلك درر (قوله لا يمنع دعوى الحرية) حتى لو ادعى المكاتب بدل الكتابة ثم برهن على اعتاق المولى قبلها قبلت ورجع بما ادى وكذا العبد اذا انقاد للبيع ثم ادعى العتق بعده أو انه حر الاصل وبرهن على ذلك قبل برهانه استحسانا نهر عن المبسوط وغيره ومما يتفرع على ان التناقض غير مانع من دعوى الحرية ما نقله شيخنا عن منية المفتي امة في يد رجل اقامت بينة انها حرة فالقاضي يضعها على يد عدل حتى يسأل عن شهودها وبمجرد الدعوى لا يحال بينه وبين الامة انتهى (قوله والامة تدعي) اتفاقي لا احترازي لان الشهادة بعتق الامة تقبل وان لم يتقدمها الدعوى لتضمنها تحريم فرجها وهو حق الله تعالى من غير خلاف اما عتق العبد فالشهادة به انما تقبل عند الامام اذا تقدمها الدعوى كما سيأتي (قوله وكما اذا اختلعت نفسها الخ) لانها وان كانت متناقضة لكنه في محل الخفاء فيغتفر لان الزوج يستقل بالطلاق كاستقلال المولى بالعتاق من غير ان يكون لها علم بذلك (قوله طلقها ثلاثا) قيد بالثلاث لان فيما دونه يمكن ان يقيم الزوج البينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين واما في الثلاث فلا يمكن شيخنا (قوله ثم قال البائع هو ابني) يشير الى ان النسب في كلام المصنف خاص بالاصول والفروع واما من عداهم فانه لا يعفى فيه

(يمنع دعوى الملك) كما لو اشترى أمة
ثم ادعى انها ملك فلان وفلان يدعيها
وأقام المشتري بينة على دعواه لا تقبل
لان اقدامه على الشراء دليل على انها
ملك البائع فاذا ادعى لغيره كان متناقضا
(لا الحرية) اى التناقض لا يمنع
دعوى الحرية (والطلاق والنسب)
كما لو اشترى أمة وقبضها ثم ادعى انها
معتقة فلان والامة تدعي واقام
البينة تقبل ويرجع بالثمن على البائع
وكما اذا اختلعت نفسها من زوجها
ثم أقامت بينة على ان زوجها طلقها
ثلاثا قبل الخلع فانه تسمع دعواها وكما
اذا باع عبدا ولد عنده وقبض
المشتري ثم قال البائع هو ابني يقبل

قوله

كالاخوة

كالاخوة وقد افصح عن ذلك البزازي حيث قال ادعى على آخر انه أخوه لابويه ان ادعى ارثا أو نفقة وبرهن عليه يقبل ويكون قضاء على الغائب أيضا حتى لو حضر الاب وانكر لا يقبل ولا يحتاج الى اعادة البينة لانه لا يتوصل اليه الا باثبات الحق على الغائب وان لم يدع مالا بل ادعى الاخوة المجردة لا يقبل لان هذا في الحقيقة اثبات البنوة والمدعى عليه والخصم فيه هو الاب لا الاخ وكذا لو ادعى انه ابن ابنه أو ابو أبيه والاب أو الابن غائب أو ميت لا يصح مالم يدع مالا بخلاف مالو ادعى عليه انه أبوه أو ابنه فانكر المدعى عليه فبرهن المدعى على مال يقبل ادعى به حقا أم لا الا ترى انه لو أقر بانه أبوه أو ابنه صح وبانه أخوه لا لكونه حمل النسب على الغير فدعوى نحو الاخوة من دعوى الملك لكونها لا تصح الا في ضمن مال وفيها معزيا الى الذخيرة ادعاه مطلقا فدفعه المدعى عليه بانك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعى ادعيته الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع انتهى وبه عرف ان المتناقض لو قال ابطلت أحد الكلامين أي وعينه يقبل منه ولا يحتاج الى التوفيق ولا الى النظر في امكانه بحر قال في النهر وفي هذا الاستخراج تأمل فتدبره قال شيخنا وفي الامر بتدبر التأمل نظر ووجهه ان التناقض يتحقق بدعواه الملك مقيدا أولا ثم دعواه الملك مطلقا فاذا ترك الثاني وادعاه بالاول المقيد ارتفع ويتحقق بدعواه مطلقا أولا ثم دعواه مقيدا بالشراء مثلا يدل عليه مافي البحر عن الخجندي انه يرتفع برجوع المتناقض عن الاول واطلق فيه فعم مالو كان الاول المرجوع عنه مطلقا أو مقيدا وصاحب النهر غير منازع في الحكم بل في استخراجه من هذا الفرع الخاص بناء على ان قوله تركت المطلق وادعيت الآن بذلك السبب للتقييد وقد علمت انه اتفاقي انتهى بقي ان يقال ماسبق من قوله في النهر معزيا يمشي على لغة كما في الصحاح ونصه عزوته الى أبيه وعزيته لغة اذا نسبته اليه انتهى قال شيخنا فظهر ان معزيا اسم مفعول من اليائي وأصله معزوي كما هو القاعدة من اسم مفعول الثلاثي اجتمعت الياء والواو وسبقت احداهما بالسكون قلبت الواو ياء والضمة كسرة وادغمت الياء في الياء واما على ان اللام واو فاسم المفعول منه معز وبلا قلب نظيره معزو من غزا ونظير الاول مرمي ومقضي وقوله لغة ضبطه شيخنا بالرفع فهو خبر قوله وعزيته فلا يصح نصبه كما هو ظاهر (قوله ويثبت النسب) لانه يبتني على العلوق وهو مما يخفى فيعفى فيه التناقض بقي ان يقال مما يعفى فيه التناقض لكونه في محل الخفاء مافي البحر عن الظهيرية استأجر دارا من رجل ثم ادعى ان والده كان اشتراها له في صغره وبرهن يقبل واستشكله في منح الغفار بما في الفواكه البدرية لو ابرأه ابراء مطلقا أو اقر انه لا يستحق عليه شيئا ثم ظهر بعد ذلك ان المقر له كان قبل الابراء أو الاقرار مشغول الذمة من متروك أبي المقر ولم يعلم المقر بذلك لا يعذر المقر انتهى مع ان الخفاء هنا اتم شيخنا (قوله مبيعة) وقول العيني يعني جارية مبيعة أي مثلا ولو ابقى المتن على طلاقه لكان أولى شيخنا (قوله ولدت) أي لا باستيلاده كذا قيد به في الدرر لكان قوله أخذها وولدها والا فاستيلاده لا يمنع استحقاق الولد بالبينة فيكون ولد المغرور وهو حر بالقيمة لمستحقه ويلزم عقرها بالوطء ويرجع بالقيمة على بائعه لا بالعقر وان مات الولد لا شئ على أبيه شرنبلالية وفي البحر عن البزازية واستحقاق الجارية بعد موت الولد لا يوجب على المشتري شيئا كزوائد المغصوب انتهى واعلم ان التقييد بولد المغرور يشير الى ماذكره في الدرر من انه اذا استولد مشرية بعلم غصب البائع اياها يكون الولد رقيقا ويرجع بالثمن لان العلم بالاستحقاق لا يمنع صحة الرجوع انتهى وذكر في الدرر أيضا ان تاريخ الغيبة لا يعتبر بل العبرة لتاريخ الملك فلو قال المستحق غابت عني منذ سنة وقال البائع لي بينة انها كانت ملكي منذ سنتين لا تندفع الخصومة وباقي البيان في الدرر وقوله بل العبرة لتاريخ الملك أي من المدعي والمدعى عليه والقرينة على ذلك تصريحه بعد ستة أسطر بعدم اعتبار التاريخ حالة الانفراد فقول عزمي زاده فيه أي في قوله بل العبرة لتاريخ الملك بحث ووجهه بعدم اعتباره عند الانفراد ساقط شيخنا (قوله يتبعها ولدها) ظاهره انه لا يحتاج الى القضاء به والاصح أنه لا بد من القضاء به أيضا لانه أصل يوم القضاء

وثبت النسب منه فلو كانت (مبيعة ولدت) عند المشتري (فاستحقت ببينة يتبعها ولدها وان اقر) المشتري (بها لرجل) والمسألة بحالها (لا)

لانفصاله واستقلاله وصل القضاء بالولد ما اذا سكت الشاهدان أما اذا بينا انه للمدعى عليه أو قالا لا ندرى لا يقضى به ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على هذا التفصيل بحر ونهر (قوله أى لا يتبعها ولدها) مقيد بما اذا لم يدعه المقر له فان ادعاه كان له أيضا زيلعى عن النهاية معللا بقوله لان الظاهر أنه له انتهى وتعقبه سعدى بان الظاهر لا يصلح حجة يعنى للاستحقاق بل للدفع فقط قال الشيخ شاهين وأجاب شيخنا الشوبرى بانه مسلم مالم يعضد وهنا تقوى الظاهر بالاقرار والدعوى والحكم فى النكول كالاقرار در عن القهستانى معزيا للعمادية واعلم ان القضاء باستحقاق المبيع لا يوجب انفساخ العقد لكن يوجب توقفه على اجازة المستحق واختلف فى البيع متى ينفسخ والصحيح انه لا ينفسخ مالم يرجع على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعدما قضى له أو بعدما قبضه قبل ان يرجع المشترى على بائعه يصح وقال الحلوانى الصحيح ان القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات مالم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفى ظاهر الرواية لا ينفسخ مالم يفسخ وهو الاصح نهر (قوله فيرجع بالثمن الخ) ولو أقام البائع بينة ان المشترى أقر بعد الشراء بملكية المبيع للمستحق لا يبطل حق الرجوع بالثمن كذا فى العمادية قال فى الشرنبلالية قلت قد نقل العمادى قبل هذا عن الذخيرة ان الاستحقاق انما يوجب الرجوع بالثمن على البائع اذا ثبت الاستحقاق بالبينة أما اذا ثبت باقرار المشترى فلا لان اقراره لا يكون حجة فى حق غيره انتهى واجاب شيخنا بانه لا تنافى بين كلامى العمادى لان عدم رجوع المشترى على البائع فيما نقله العمادى عن الذخيرة اذا ثبت الاستحقاق باقرار المشترى ابتداء وانما كان الرجوع صحيحا بعد اقامة البائع بينة ان المشترى أقر بعد الشراء بملكية المبيع للمستحق لكون الاستحقاق مضافا الى اقامة المستحق البينة انتهى (قوله فى الاولى دون الثانية) لان الاولى ثبت فيها الاستحقاق بالبينة وهى حجة متعدية فلهذا يرجع بالثمن بخلاف الثانية حيث لا يرجع لثبوت الاستحقاق بالاقرار وهى حجة قاصرة فان قيل الاقرار أصل والبينة خلف فلم كان الاصل قاصرا على المقر والبينة متعدية أجيب بان الاصل قد لا يعمل به ويعمل بالخلف اذا لم يكن مانع كالتوضى بماء الغير لا يجوز وبحجره يجوز (قوله اشترنى فانا عبد) قيد بالقيدين لانه لو قال أنا عبد ولم يأمره بشرائه او قال اشترنى ولم يقل أنا عبد لا رجوع عليه بشئ كذا فى الفتح وفى العتابية ما يخالفه بحر ووجه عدم الرجوع عليه اذا قال اشترنى فقط او أنا عبد فقط ما ذكره الزيلعى من ان الحر يشترى تخليصا كالاسير وقد لا يجوز شراء العبد كالمكاتب فلم يوجد منه ما يدل على الضمان (قوله فاذا هو حر) قيل المسئلة مشكلة على قول الامام اذ دعوى الحرية عنده شرط فى القضاء ببينتها وهى لا تصح منه للتناقض وأجيب بانها موضوعة فى حرية الاصل وفيها لا تشترط الدعوى لتضمنه تحريم فرج أمه على السيد واخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى نهر ويوضحه ما فى العناية من ان الشهود فى شهادتهم يحتاجون الى تعيين الام وفى ذلك تحريمها وتحريم أخواتها وبناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما انتهى ثم حرمة بناتها على سيد أمهن مؤبدة لوطئه الام وأما حرمة اخواتها فموقتة ببقاء عدة الموطوءة او نكاحها بعقد صحيح شيخنا ثم قال فى النهر وجعله فى العناية على قول عامة المشايخ والمذكور فى الزيلعى ان عامتهم على ان دعوى العبد شرط عنده فى الاصلية والعارضية وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى بها أما فى حرية الاصل فلخفاء حال العلوق وأما فى الاعتاق فلان المولى ينفرد به والتناقض فى دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه الخ وأشار بقوله أما فى حرية الاصل فلخفاء حال العلوق الى ما ذكره العينى وغيره من ان الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية أبويه او أحدهما باسلامهما او اسلام أحدهما فيها ويعتقد انه رقيق فيقر بالرق ثم يتبين له الحال بعد ذلك فيدعى الحرية فيعذر (قوله ويرجى حضوره) ولو بعد بحيث لا يوصل اليه عادة كاقصى الهند كذا بخط شيخنا (قوله ورجع العبد على البائع) مع أنه لم يأمره بالضمان لانه قضى دينا عنه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين لتخليص الرهن (قوله بخلاف الرهن) أى بخلاف ما لو قال ارتهنى فانا عبد فارتهنه فاذا هو حر حيث لا يرجع

عليه

اى لا يتبعها ولدها فيرجع بالثمن فى الاولى دون الثانية على البائع (وان قال عبد للمشترى اشترنى فانا عبد فاشتراه) بقوله فاذا هو حر (فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) معلومة يدرى مكانه ويرجى حضوره (فلا شئ على العبد والا) أى وان لم يغب غيبة معروفة بأن غاب غيبة منقطعة (رجع المشترى على العبد) بالثمن (و) رجع (العبد على البائع) ان ظفر به (بخلاف الرهن) اى ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع المرتهن على العبد مطلقا سواء كان الراهن غائبا غيبة معلومة أو منقطعة

عليه بحال لانه ليس بعقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفائه عين حقه واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا الا انه ليس تقريرا في عقد معاوضة نهر (قوله وعن أبي يوسف أنه لا يرجع الخ) لان الضمان بالمعاوضة أو بالكفالة ولم يوجد واحد منهما فصار كمسئلة الرهن وجه الظاهر ان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه أو سلامة الثمن للمشترى عند تعذر استيفائه من البائع لانه انما قدم على الشراء معتمدا على كلامه فصار بمنزلة المغرور والغرور في المعاوضة يجعل سببا للضمان زيلعي وفي النهر عن الخانية لمغرور يرجع بأحد امرين اما بعقد المعاوضة أو بقبض يكون للدافع كالوديعة والاجارة اذا هلكت العين فيهما ثم جاء مستحق وضمن المودع والمستأجر فانهما يرجعان بخلاف الاعارة والهبة (قوله حقا مجهولا) قيد بالمجهول لانه لو ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع ما دام في يده ذلك المقدار وان بقي أقل رجع بحساب ما استحق منه در (قوله فاستحق بعضها) أي بعض الدار قيد باستحقاق بعضها لانه لو استحق الكل رجع بما أدى لانا تيقنا أنه أخذ عوض ما لا يملك نهر (قوله لم يرجع بشئ) لان دعواه يجوز ان تكون فيما بقي وان قل فما دام في يده شئ لا يرجع عليه بشئ عيني (قوله على ان الصلح عن المجهول الخ) لان الابراء عن المجهول جائز عندنا لان الجهالة فيما سقط لا تفضي الى المنازعة نهر (قوله الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه الخ) ويجبر على البيان نهر لان الاقرار بالمجهول صحيح بخلاف البينة زيلعي (قوله وذكر أبو الحسن الكرخي الخ) الاصح عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح أخذا من كلام صدر الشريعة شيخنا عن معين المفتي (قوله ان صحة الدعوى شرط لصحة الصلح الخ) لانه معاوضة أو لافتداء اليمين والمعاوضة لا تجوز في المجهول وكذا اليمين لانها لا تتوجه الا بعد صحة الدعوى قلنا قد يكون لرفع الشغب والخصومة وذلك يحصل به زيلعي (قوله وباقي المسألة على حالها) يعني به ما سبق من قوله واستحق بعضها (قوله رجع بقسطه) أي بقسط المستحق لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين ان المدعى لا يملك ذلك فيرد بحسابه من العوض يوضحه اذا كانت الدار تساوي ألفا فوقع الصلح على مائة واستحق نصف الدار رجع عليه بخمسين درهما عيني وفي قوله اذا كانت الدار تساوي ألفا نظر والظاهر حذفه اذ لا دخل لقيمتها في ذلك ولهذا لم يذكره الزيلعي ولا غيره كصاحب الدرر (تتمة) في جامع الفصولين بنى فيما اشتراه فاستحق نصفه رجع على بائعه بثمنه وبنصف قيمة البناء لانه مغرور في النصف وباقي تفاريع المسألة يطلب من البحر انتهى

(فصل في بيع الفضولي) الفضول بضم الفاء جمع فضل غلب هذا الجمع في الاشتغال بما لا يعنيه ولا ولاية له فيه قال في الفتح فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر ولما كان علما بالغلبة على هذا المعنى لم يرد أي الجمع في النسبة الى الواحد وان كان هو القياس كالانصاري كما في البناية وفي المغرب هو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ انتهى والاولى ما قيل هو من يتصرف في حق الغير بلا اذن شرعي اذ الولي المجبر ليس بوكيل نهر وقوله وان كان هو القياس أي القياس انك اذا نسبت الى الجمع باقيا على جمعيته جئت بالمفرد ونسبت اليه كما اذا نسبت الى الفرائض تقول فرضي فاذا لم يرد الجمع كالانصار الذي هو علم بالغلبة على أنصاره عليه الصلاة والسلام نسب الى لفظه وكذا ان كان علما فتقول في أنمار أنماري شيخنا (قوله ومن باع ملك غيره الخ) لو الغير بالغا عاقلا فلو صغيرا أو مجنونا لم ينعقد أصلا كما في الزواهر عن الحاوي وهذا ان باعه لمالكه أما لو باعه على انه لنفسه أو باعه من نفسه أو شرط الخيار فيه لمالكه أو باع عرضا من غاصب عرض آخر للمالك به فالبيع باطل كما في الاشباه قال في الدرر لكن ضعف المصنف الاولى لمخالفتها الفروع المذهب لتصريحهم بأن بيع الغاصب موقوف وبان المبيع اذا استحق فللمستحق اجازته على الظاهر مع ان البائع باع لنفسه لا للمالك وأما الثالثة ففي النهر وينبغي الغاء الشرط فقط اه وحاصله ان بيعه موقوف ولو لنفسه على الصحيح ووجه الغاء الشرط ان الخيار للمالك مطلقا وان لم يشترطه له قيد بالبيع لانه لو اشترى لغيره نفذ عليه الا اذا كان المشترى

وعن أبي يوسف انه لا يرجع في الاول
على العبد بالثمن ايضا (ومن ادعى حقا)
مجهولا غير معين (في دار) فأنكر
المدعى عليه ذلك (فصولح على مائة)
درهم (فاستحق بعضها لم يرجع)
المدعى عليه على المدعى (بشئ)
دلت هذه المسألة على ان الصلح على
المجهول على بدل معلوم جائز وعلى ان
صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح
لان دعوى الحق المجهول غير صحيح
لجهالة الدعوى حتى لو أقام البينة
عليه لا تقبل الا اذا ادعى اقرار المدعى
عليه بالحق فتصح الدعوى والبينة
كذا في الفوائد الظهيرية وذكر
ابو الحسن الكرخي ان صحة الدعوى
شرط لصحة الصلح عن الانكار (ولو
ادعى كلها) وباقي المسألة على حالها
(رجع) المدعى عليه على المدعى
(بقسطه) من بدل الصلح (فصل)
في بيع الفضولي (ومن باع ملك
غيره)

صبيا أو محجورا عليه فيتوقف هذا اذلم يضفه الفضولي الى غيره فلو اضافه بأن قال بع هذا العبد لفلان فقال البائع بعته لفلان توقف درعن البزازية وغيرها (تتمة) سلم الفضولي المبيع فهلك فللمالك أن يضمن ايهما شاء فايهما اختار ضمانه برئ الآخر لان في التضمين تمليكا منه فاذا ملكه من أحدهما لا يمكن تمليكه من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع لان أخذ القيمة كاخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على البائع لا بما ضمن وان اختار تضمين البائع ينظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه نفذ بيعه بالضمان لان سبب ملكه قد تم عنده وان كان قبضه أمانة فانما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع فلا ينفذ بيعه بالضمان لتأخر سبب ملكه عن العقد وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البائع بحر (قوله بيعا فضوليا) الظاهر ان يقال بيع فضولي لان البيع لا يوصف بكونه فضوليا حموي (قوله بأن قال فسخت) وقوله لا أجيز رد فلو أجاز بعده لم يجز بخلاف المستاجر اذا قال لا أجيز بيع الآجر ثم أجازه جاز بحر عن فروق الكرابيسي وهذا صريح في توقف بيع المؤجر على اجازة المستأجر والمشهور انه لا يتوقف على اجازته وللمشتري الخيار بين الفسخ او ينتظر فراغ مدة الاجارة ان لم يكن له علم بها وقت الشراء فان كان له علم لا خيار له و ينتظر فراغ مدتها حتما (قوله صريحا أو دلالة) فالسكوت بعد العلم لا يكون اجازة بحر اعلم انهم جعلوا السكوت رضا في مسائل احداها البكر اذا استأمرها المولى في التزويج او زوجها وليها فعلمت فسكتت الثانية اذا قبض الاب او الجد مهر البكر البالغة فسكتت الا اذا منعته عن القبض الثالثة اذا سكت الشفيع بعدما علم بالبيع الرابعة اذا تواضعا في السر على ان يكون البيع تلجئة ثم قال أحدهما علانية لا بدان اجعله بيعا صحيحا فسكت صاحبه ثم تبايعا كان البيع جائزا الخامسة عبد أسره المشركون فوقع في قسمة واحد من الغانمين فباعه ومولاه الاول حاضر عند البيع فسكت لا سبيل له على أخذ العبد السادسة اذا قبض المشتري المبيع قبل نقد الثمن والبائع يراه فسكت ولم يمنعه بطل حقه في الحبس السابعة مجهول النسب اذا بيع وهو ساكت كان ذلك اقرارا منه بالرق وكذا اذا قيل له قم مع مولاك فقام يكون اقرارا منه بالرق الثامنة اذا رأى الصبي المحجور عليه يبيع و يشتري فسكت يجعل فكا للحجر التاسعة وهب لرجل جارية فقبضها الموهوب له والواهب ساكت لم ينهه فانه يثبت الاذن بالقبض استحسانا و يثبت الملك للموهوب له العاشرة اذا قبض المشتري المبيع بيعا فاسدا فسكت يكون اذنا بالقبض فيملكه المشتري ولو قبل دفع الثمن الحادية عشر اذا قال والله لا أسكن فلانا في داري أو قال والله لا أتركه في داري وفلان في دار الحالف فسكت الحالف بعد اليمين ولم يقل اخرج منها حنث ولو قال اخرج منها فأبى ان يخرج فسكت لا يحنث الثانية عشر اذا كان الخيار للمشتري فرأى عبده الذي اشتراه يبيع و يشتري فسكت فهو اختيار للبيع وابطال لخياره ولو كان الخيار للبائع لا يكون ابطالا لخياره الثالثة عشر اذا سكت الزوج عن نفي الولد حتى مضى اكثر من يومين لزمه الولد وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة اذا هنئ بالولد فسكت لزمه الولد وزاد الحلواني مسائل منها اذا قال لغيره بع عبدي فسكت يكون سكوته قبولا للوكالة ومنها من رأى غيره يشق زقه فسكت حتى سال ما فيه لا يضمن ما سال منه ومنها اذا زوج الصغيرة غير الاب والجد فبلغت وهي بكر فسكتت ساعة بطل خيارها وجعل سكوتها بمنزلة الرضا وان كانت ثيبا لا بد من قول أو فعل يدل على الرضا ومنها ولد أم الولد اذا سكت المولى عن نفيه حتى مضى يوم أو يومان لزمه الولد ولا يصح نفيه بعد ذلك انتهى كذا بخط الجد عن التتارخانية وأما الولد من امته القنة فلا يثبت بالسكوت بل بالاعتراف لان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة بقي ان يقال ما سبق من قوله ولو قال اخرج منها فأبى الخ صريح في انه يبر بمجرد القول مع انه حلف على ما يملك فينبغي ان لا يبر الا اذا أخرجه بالفعل بخلاف الحلف على ما لا يملك حيث يبر بمجرد القول ثم ظهر ان عدم حنثه لعدم قدرته على اخراجه كما يشير الى ذلك قوله فأبى ان يخرج والحاصل انه اذا لم يستطع اخراجه لظلمه يبر بمجرد القول وكذا لو كانت الدار في اجارته كما بسطه الشيخ حسن في رسالته (قوله بأن قال

اجزت)

بيعا فضوليا (فللمالك أن يفسخه) مطلقا صريحا أو دلالة بأن قال فسخت أو باع المعقود عليه من غيره (و) ان (يجيزه) صريحا أو دلالة بأن قال اجزت

اجزت) وفى فروق الكرابيسى أسأت اجازة وفى المنتقى لوقال بئس ماصنعت كان اجازة بحر والمختار فى أحسنت أواصبت انه اجازة تنوير وشرحه خلافا لما فى البحر والنهر من انه لوقال أحسنت أواصبت أووفقت فليس باجازة والحاصل ان الخلاف ثابت فى الكل لانه اذا لم يكن أحسنت أواصبت أووفقت اجازة وان كان خلاف المختار فعدم ثبوت الاجازة بقوله أسأت أو بئس ماصنعت يكون بالاولى (قوله أو قبض الثمن من مشتريه) كذا لوطلبه أووهبه من المشترى أو تصدق به عليه بحر (قوله ان بقى العاقدان الخ) لان الاجازة تصرف فى العقد فلا بدمن قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء زيلعى (قوله لو عرضا) لانه يتعين بالتعيين فصار كالمبيع زيلعى (قوله فهذا يدل الخ) اسم الاشارة عائد على قول المصنف للمالك ان يفسخه او يجيزه شيخنا (قوله على ان انعقاد البيع الخ) المراد تصرف الفضولى لا خصوص البيع والدليل على الانعقاد موقوفا ماروى من حديث عروة ابن أبى جعد البارقى انه عليه الصلاة والسلام اعطاه دينارين ليشترى له بهما شاة فاشترى له بهما شاتين فباع احداهما وجاء بدينار وشاة فدعاله بالبركة وحديث حبيب بن أبى ثابت عن حكيم بن حزام انه عليه الصلاة والسلام بعثه يشترى له أضحية بدينار فاشترى له أضحية فربح فيها دينارا فاشترى مكانها اخرى فجاء بالاضحية والدينار لرسول الله صلى الله عليه وسلم فلوكان باطلا لرده زيلعى وزعم الرشاطى انه عروة بن عياض بن أبى الجعد وانه نسب الى جده والحديث مشهور فى البخارى وغيره وكان ممن حضر فتوح الشام ونزلها ثم سيره عثمان الى الكوفة شيخنا عن الاصابة للعسقلانى والرشاطى نسبة الى رشاطة بلد بالمغرب والبارقى بكسر الراء والقاف نسبة الى ذى بارق بطن من همدان وبارق بطن من الازد وجبل باليمن شيخنا عن لب اللباب (قوله اذا كان له مجيز الخ) أى من يقدر على اجازته بيانه صبى باع مثلا ثم بلغ قبل اجازة وليه فاجازه بنفسه جاز لان له وليا يجيزه حالة العقد بخلاف مالو طلق مثلا ثم بلغ فاجازه بنفسه لم يجز لانه وقت العقد لا مجيز له فبطل مالم يقل أوقعته فيصح انشاء لا اجازة درعن العمادى واعلم ان ماذكره من ان البيع ينفذ باجازته بعد البلوغ مقيد بما اذا لم يكن بالغبن الفاحش فان كان لم ينفذ بالاجازة أصلا سواء كانت الاجازة من وليه أو منه بعد بلوغه زيلعى (قوله كلها باطلة) لانه صادر عن غير ولاية شرعية ولنا ماسبق من حديث عروة ولان ركن التصرف صدر من أهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فينعقد لان الاهلية بالعقل والمحلية بكون المال متقوما وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا رأى المصلحة نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث سقط عنه مؤنة طلب المشترى وفيه نفع المتعاقدين بصون كلامهما عن الالغاء على ان الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع اذ لا يوجد مثل هذا التصرف النافع فى غيبته الا من صديق نصوح يرى لاخيه مايرى لنفسه فان قلت نهى عليه السلام عن بيع ماليس عند الانسان أى مالا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الآبق قلت الكلام فى انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الآبق فى رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح فلا يلزمنا والمراد من الحديث ان يبيع شيئا لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه فان قلت هذا غرر ونهى النبى عليه السلام عن بيع الغرر قلت لا نسلم انه غرر لانه يتوقف على اجازة المالك زيلعى وعينى (قوله كان الثمن عندنا مملوكا للمالك) اذا كان نقدا بحر (قوله امانة فى يد الفضولى) بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة أو قبلها لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة زيلعى ولو لم يجز المالك وهلك الثمن فى يد الفضولى اختلف المشايخ فى رجوع المشترى عليه بمثله والاصح ان المشترى ان علم انه فضولى وقت الاداء لا رجوع له والا رجع بحر عن القنية (قوله وللفضولى ان يفسخ العقد قبل الاجازة) دفعا للحقوق عن نفسه وكذا للمشترى فسخ البيع قبل الاجازة تحرزا عن لزوم العقد بحر عن البزازية فان قلت يأباه ماسيأتى فى المتن من أن المشترى اذا برهن على اقرار البائع أورب العبد انه لم يأمره بالبيع واراد رد البيع لم يقبل قلت لا تنافى بينهما لان ماسيأتى مفروض فيما اذا اختلف البائع والمشترى فادعى المشترى ان البيع بغير امر صاحبه وجحد البائع ذلك

(ان بقى أوقبض الثمن من مشتريه) أى البائع الفضولى وهو (العاقدان) (والمعقود عليه) وهو المالك والمشترى (و) المعقود (له) وهو كان المبيع (و) المعقود (به) وهو الثمن (لو) (و) الثمن (عرضا) قوله ان بقى العاقدان الخ متعلق بقوله ويجيزه فهذا يدل على ان انعقاد البيع غير نافذ ولازم حتى ٧ اذا كان له مجيز عند العقد يتوقف مجيزه امااذا لم يكن له مجيز تصرفات تقع باطلا وقال الشافعى كلها باطلة ولا تتوقف على الاجازة فاذا اجاز المالك كان الثمن عندنا مملوكا للمالك أمانة فى يد الفضولى وللفضولى ان يفسخ العقد قبل الاجازة

٧ قول الشارح ولازم أى وغير لازم أتى به بعد قوله غير نافذ تصريحا بما فهم أولا لانه يلزم من كونه غير نافذ أن يكون غير لازم لان النفوذ اعم من اللزوم ونفى الاعم يستلزم نفى الاخص لا بالعكس اهـ بحراوى

على ماسيأتى فى كلام الشارح فيحمل مافى البزازية على مااذا تصادق البائع والمشترى على البيع بغير أمر المالك فاختلف الموضوع فافهم (قوله بخلاف الفضولى فى النكاح الخ) لانه معبر محض حتى لا ترجع الحقوق اليه عينى (قوله اجازة نقد) على معنى انه اجاز الفضولى ان ينقد ثمن مااشترى أعنى العرض من ماله كانه قال اشترهذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالى هذا قرضا عليك نهر (قوله مملوكا للفضولى) لانه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشران وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تأثير اجازته فى النقد لا فى العقد فصار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له فى ضمن الشراء فيجب عليه رده أى رد مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وان لم يجز قصدا زيلعى (قوله لا ينفذ باجازة الوارث) لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا تنتقل الى غيره بخلاف الوصى او الاب اذا توقف على اجازتهما فى مال الصغير ثم بلغ الصغير فانها تنتقل الى الابن زيلعى واما القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير فانها تنفذ باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فائدة فى نقض القسمة ثم الاعادة وقال محمد لا تجوز لانها مبادلة كالبيع وهو القياس قال فى الفتح والاستحسان مقدم نهر (قوله جاز البيع فى قول أبى يوسف) لان الاصل بقاؤه (قوله حتى يعلم قيامه عند الاجازة) لوقوع الشك فى شرط الاجازة فلا تثبت مع الشك زيلعى (قوله بعض نبوة) أى قبح كما فى القاموس وقال فى الصحاح نبا الشئ نبوا أى تجافى وتباعد ووجهه ان قوله للمالك أى المعهود ذكرا فى قوله ولو باع ملك غيره وهو المعقود له فلا تتناول العبارة وارث المالك بل تكون مخرجة له مفيدة قصر الاجازة أو الرد على المالك الذى عقد الفضولى العقد له ولا يصح كون أل للجنس أو للاستغراق مع امكان حمل أل على العهد شيخنا فما قيل من انه يمكن ان يكون احترازا عن اجازة الوارث ساقط (تتمة) فضوليان باعا أمة كل من رجل فأجيزا تتنصف بينهما ولكل منهما خيار الاخذ أو الترك ولو باعها فضولى وآجرها آخر او زوجها أو رهنها فأجيزا معا ثبت الاقوى وهو البيع ويبطل ماعداه فتصير مملوكة لا زوجة در ولهذا ثبتت الهبة اذا وهبه فضولى وأجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها والاجارة أقوى من الرهن والبيع أقوى من الهبة نهر عن الفتح (قوله وصح عتق مشتر الخ) كذا وقف الارض المشتراة من غاصبها شرنبلالية عن الفتح قيد بعتق المشترى لان عتق الغاصب لا ينفذ باداء الضمان وليست الاجازة قيدا لانه يصح أيضا باداء الضمان من الغاصب فى الاصح كما فى الهداية وكذا من المشترى فى الصحيح قال فى البحر فلا فرق بين اداء الضمان من الغاصب أو من المشترى منه وجرى على ذلك فى البناية خلافا للزيلعى حيث فرق بين اداء الغاصب للضمان وبين اداء المشترى فلو قال المؤلف باجازة بيعه او اداء الضمان لكان أولى وكذا لو قال وصح عتق مشتر من فضولى لكان أولى اذ لا يشترط ان يكون غاصبا نهر (قوله لا يجوز الخ) اذ لا عتق بدون الملك لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف وان أفاد الملك لكن مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح له الملك الكامل للحديث ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وصار كاعتاق المشترى من الراهن واعتاق الوارث عبدا من تركة مستغرقة بالدين حيث يصح اذا قضى الدين بعده أو ابرأ الغرماء منه لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر فى نفاذ الملك لا فى توقفه ولا نسلم ان الاعتاق يحتاج الى الملك وقت ثبوته بل وقت نفاذه والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق لابن آدم الحديث العتق النافذ زيلعى ونهر وقوله والضرر فى نفاذ الملك لا فى توقفه بالدال المهملة فى المعانى كما فى قوله تعالى ما عندكم ينفد وفى المحسوسات بالمعجمة كقولهم طريق غير نافذ كذا نقل عن الغنيمى وفيه نظر والذى يظهر ان مافى الآية بالنسبة للنفاد بمعنى الفراغ وهو غير مناسب للمقام اذ الكلام فى النفاذ بمعنى اللزوم المقابل للموقوف (قوله لا بيعه) اذ بالاجازة يثبت للبائع

بخلاف الفضولى فى النكاح ثم هذا لا يكون له الفسخ قبل الاجازة ثم هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا أيضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولى وعليه مثل المبيع ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن مثليا ولو هلك المالك قبل الاجازة لا ينفذ باجازة الوارث فى الفصلين أى فيما اذا كان الثمن دينا او عرضا ولو أجاز المالك ولم يعلم حال المبيع جاز البيع فى قول أبى يوسف أولا وهو قول محمد ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة واعلم ان فى قوله (وله) بعض نبوة بقوله للمالك ان يجيزه (وصح عتق مشتر من غاصب باجازة بيعه) أى ان غصب عبدا فباعه فأعتقه المشترى ثم أجاز المالك بيع الغاصب صح العتق عن المشترى استحسانا عندهما وعند محمد وزفر وهو رواية عن أبى يوسف لا يجوز وهو القياس (لا بيعه) أى لا يصح بيع المشترى من غاصب وان أجاز المولى بيعه

وهو المشترى الاوّل ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماعهما على محل واحد على وجه يطرأ فيه البات وهذا القيد لا بدّ منه والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف وأورد ان الغاصب لو باع ثم ادّى الضمان ينفذ بيعه مع انه طرأ ملك بات على موقوف لغيره واجيب بأن ملك الغاصب ضروري فلم يظهر في ابطال ملك المشترى نهر وانما كان ملك الغاصب ضروريا لانه ثبت له ضرورة ان ثبت للمالك الزامه شرعا باداء ضمانه وأقول ما أورده في النهر تعقبه شيخنا بانه غير وارد اذ قولهم ان الملك البات اذا طرأ على موقوف أبطله ليس على اطلاقه بل مقيد بما اذا طرأ لغير من باشر الموقوف كما في البزازية عن القاعدي ونصه الاصل ان من باشر عقدا في ملك الغير ثم ملكه ينفذ زوال المانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه وكذا لو باع ملك أبيه ثم ورثه نفذ على خلاف ما ذكرنا وطرو البات انما يبطل الموقوف اذا حدث لغير من باشر الموقوف كما اذا باع المالك ما باعه الفضولى من غير الفضولى ولو ممن اشترى من الفضولى اما ان باعه من الفضولى فلا انتهى (قوله ولو قطعت يده) أو اصابته جراحة توجب ارشا نهر (قوله فأجيز بيع الغاصب) أو بيع الفضولى قال الزيلعى أي لو قطعت يد عبد باعه الفضولى ثم أجاز مالكه البيع حموى (قوله فارشه) أي القطع فلا يجوز عود الضمير على اليد للزوم التأنيث لانها مؤنثة سماعا نهر ومنه يعلم ما في كلام العينى (قوله لمشتريه) لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من كسب أو ولد أو عقر بخلاف ما لو قطعت يده عند الغاصب ثم ضمن قيمته لا يكون الارش له لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت به ضرورة وهذه المسئلة حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفى لاستحقاق الارش بخلاف الاعتاق لافتقاره الى الملك الكامل زيلعى (قوله وتصدّق بما زاد) لانه لم يدخل في ضمانه نهر عن الهداية (قوله بغير أمره) هذا القيد أعنى عدم الامر وان وقع في الجامع الصغير الا انه ليس من صورة المسئلة في شئ نهر (قوله فبرهن المشترى الخ) كذا لو برهن البائع على اقرار المشترى بعدم الامر لم يقبل نهر عن الخلاصة وغيرها (قوله على اقرار البائع) محمول على ان المشترى أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع اما اذا أقامها على اقراره بعد البيع تقبل لعدم التناقض نهر عن النهاية (قوله لم تقبل بينته) للتناقض اذ الاقدام على الشراء والبيع دليل على دعوى الصحة وانه يملك البيع ودعوى الاقرار بعدم الامر يناقضه وقبول البينة يبتنى على صحة الدعوى ولو لم يكن له بينة كان القول لمدّعى الامر اذ غيره متناقض فلا تصح دعواه ولهذا لم يكن له استحلافه ولا ينافيه ما في الزيادات من ان المشترى لو صدق المستحق على دعواه ثم برهن على اقرار البائع بأنه للمستحق ليرجع بالثمن يقبل لانه فرق بينهما بأن المبيع هنا في يد المشترى فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع وفيما في الزيادات في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشترى فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه كما في العناية بقى ان ما سبق من عدم قبول البينة معللا بالتناقض نظر فيه الاتقانى بأن التوفيق ممكن لجواز ان يكون المشترى قدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك ومثل ذلك ليس بمانع وأجاب في البحر بأن قولهم ان امكان التوفيق يمنع التناقض على أحد القولين مقيد بما اذا لم يكن ساعيا في نقض ما تم من جهته فانه في الخلاصة وغيرها قال من سعى في نقض ما تم من جهته لا يقبل الا في موضعين اشترى عبدا وقبضه ثم ادّعى ان البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن يقبل الثانى وهبه جاريته واستولدها الموهوب له ثم ادّعى الواهب انه كان دبرها واستولدها وبرهن يقبل و يستردها والعقر قال شيخنا وحصر الاستثناء في هاتين المسئلتين غير صحيح لانه يرد عليه ما ذكره هو قبيل باب كفالة الرجلين والعبدين عن قاضيخان حيث قال ادّعى المشترى ان المبيع حر تسمع دعواه ومالو باع أرضا ثم ادّعى انه كان وقفها او انها وقف فان بينته مقبولة على المختار ذكره الولوالجى لكن لا تسمع دعواه للتناقض مع انه ساع في نقض ما تم من جهته انتهى ووجه قبول البينة وان كانت الدعوى لا تسمع ان الحق في الوقف

(ولو قطعت يده عند المشترى (فأجيز) بيع الغاصب (فارشه لمشتريه و) لكن (تصدق) المشترى (بما زاد على نصف الثمن) من الارش (ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن المشترى على اقرار البائع) أو اقرار (رب العبد على انه لم يأمره بالبيع) وأراد المشترى (رد المبيع) وقال يعنى هذا العبد بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك وقال بعتك بأمر مالكه (لم تقبل) بينته (وان أقر البائع) الفضولى (بذلك) أى بأن رب العبد لم يأمرنى

لله وفي حقوق الله تقبل الشهادة حسبة بدون سبق الدعوى (قوله عند القاضي) ليس بقيد لان اقراره عند القاضي وغيره سواء الا ان البينة تختص بمجلس القاضي فلهذا قال عند القاضي بحر عن البناية (قوله بطل البيع) لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري ان يساعده على ذلك فتحقق الاتفاق بينهما فيبطل في حقهما الا في حق رب العبد ان ادعى انه كان بأمره فيطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله دون المشتري لانه برئ بالتصادق وعند أبي يوسف له ان يطالبه فاذا ادّى رجع به على البائع بناء على ان ابراء الوكيل المشتري من الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بأن أنكر المالك التوكيل وتصادقا انه وكله فان أقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لانه ثبت عند القاضي ان البيع كان موقوفا فان طلب المشتري تأخير الفسخ يحلف المالك على انه لم يأمره لم يؤخر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لأجل اليمين زيلعي (قوله دار غيره) أي عرصته بغير أمره ومعنى المسئلة ان يعترف البائع بالغصب ويكذبه المشتري لان اقرار البائع لا يسري عليه بل لابد من البرهان فاذا لم يوجد كان التلف مضافا الى عجزه عنه لا الى عقد البائع نهر عن فخر الاسلام (قوله وأدخلها المشتري) قيد به ليعلم ما اذا لم يدخلها بالاولى نهر وذكر الزيلعي ان قوله وأدخلها وقع اتفاقا اذ لا تأثير للادخال في البناء في ذلك انتهى أي في عدم سراية قول البائع على المشتري ان ما بعته غصب شيخنا (قوله وهو قول أبي يوسف) أي وقول الامام أيضا كما سيأتي منه التصريح بذلك آخر العبارة فما قيل من ان الشارح لم يذكر قول أبي حنيفة للعلم بأن ما في المتن هو قول أبي حنيفة غير مسلم وما ذكره السيد الحموي من ان الصواب ان يقال وهو قول أبي حنيفة ممنوع منه قوله وكان يقول أولا الخ لان القول بالضمان اولا وبعدمه آخرا لم ينقل عن الامام بل عن أبي يوسف كما في البحر عن الهداية حيث قال لم يضمن البائع عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن

(باب السلم)

هو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال ابن عباس أشهد ان الله أحل السلم المؤجل وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه وقد روينا انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يأبى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز فبيع المعدوم أولى ولكن تركناه بما ذكرنا زيلعي لكن لو اقتصر في توجيه الاولوية على الوجه الثاني وهو المملوك الغير مقدور التسليم لصح كلامه بخلاف الوجه الاول وهو بيع موجود غير مملوك فان التوجيه به انما يصح ان لو أريد بالمعدوم في جانب السلم ما لا وجود له وليس كذلك بل المراد به ما لا وجود له في ملك المسلم اليه بدليل ما سيأتي من قوله ولا يصح في المنقطع بقي ان يقال ما ورد من انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم لم يرو عن أحد من الصحابة هكذا بهذا اللفظ في كتب الحديث كما في الدرر عن ابن العز الحنفي وذكر نوح أفندي انه حديث معنى لا لفظا والحاصل ان صاحب الدرر ما نقل عن ابن العز نفي وروده أصلا في كتب الحديث كما توهمه في الشرنبلالية فقال فيه تأمل وانما نقل عنه نفي وروده بهذا اللفظ فلا تأمل فيه شيخنا (قوله رخصة) الرخصة اسم لما استبيح مع قيام الدليل المحرم لعذر تيسيرا على العباد والعذر هنا هو العجز عن التسليم لعسرته زيلعي والعزيمة من العزم وهو القصد المؤكد وعرفا هي الحكم الاصلي في الشرع (قوله بيع الشيء الخ) هذا أولى مما في الزيلعي تبعا للنهاية من انه أخذ عاجل بآجل ووجه الاولوية ما ذكره العيني من ان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس

(عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك) أي بطلان البيع ونقضه (ومن باع دار غيره وادخلها المشتري في بنائه) ثم استحقت الدار (لم يضمن البائع) وهو قول أبي يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع قيمتها وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار انه هل يتحقق ام لا عند محمد وزفر والشافعي يتحقق وعند أبي حنيفة وابي يوسف لا يتحقق

(باب السلم)

اعلم ان بيع العين بالدين عزيمة وبيع الدين بالعين رخصة فلما فرغ من بيان الاول شرع في الثاني وهو السلم ثم السلم لغة هو الاستعجال وشرعا هو بيع الشيء على ان يكون دينا على البائع بالشرائط المعتبرة واختص هذا النوع من البيع بهذا الاسم لاختصاصه بحكم يدل عليه وهو تعجيل أحد البدلين قبل حضور المبيع فالمبيع يسمى مسلما فيه والثمن رأس المال والبائع مسلما اليه والمشتري رب السلم ومعنى قولنا اسلم في كذا

بسلم

بسلم وذكر فى الحواشى السعدية انه يجوز ان يقال أخذ ثمن عاجل بآجل وركنه الايجاب والقبول وكما ينعقد بلفظ السلم ينعقد بلفظ البيع وهو الاصح وعلى انعقاد البيع بلفظ السلم اتفاق الروايات شرنبلالية وسبب مشروعيته شدة الحاجة وحكمه ثبوت الملك للمسلم اليه فى الثمن ولرب السلم فى المسلم فيه الدين فى الذمة اما فى العين فلا يثبت الا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى نهر (قوله أى أسلم الثمن فيه) ينبغى اسقاط أى لان ما بعدها خبر لا تفسير (قوله أى أزال سلامة الدراهم الخ) كذا فى الدراية قال فى الفتح وهو بعيد ولا وجه له الا باعتبار المدفوع هالكا وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة التوى عليه وليس الواقع ان السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء نهر (قوله وقيل السلم والسلف بمعنى واحد) أى لغة كما يدل عليه جزم الزيلعى والنهر ويقابل هذا القيل ما قدمه الشارح من قوله ثم السلم لغة هو الاستعجال فقول السيد الحموى لم يسبق فى كلامه ما يقابل هذا القيل غير مسلم شيخنا (قوله فى المكيل كيلا) ظاهر فى ان السلم فى المكيل وزنا لا يجوز وهى رواية الحسن وروى الطحاوى عن أصحابنا انه يجوز وعلى هذا الخلاف لو أسلم فى الموزون كيلا قال فى النهر عن الخلاصة والفتوى على الجواز وفتوى الامام خالى على رواية الحسن (قوله لا الثمن) كالدراهم والدنانير فانه اذا كان رأس المال كذلك كان العقد باطلا اتفاقا وان كان غيره كثوب فى عشرة دراهم لم يصح سلما اتفاقا وهل ينعقد بيعا بثمن مؤجل قال أبو بكر الاعمش ينعقد وعيسى ابن أبان لا وهو الاصح لان تصحيح العقد انما يكون فى المحل الذى أوجب المتعاقدان البيع فيه لا فى غيره وهما لم يوجباه الا فى الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان فى غير محله نهر ورجح فى الفتح قول الاعمش بأنه أدخل فى الفقه بحر واختلفت الرواية فى التبر فقيل كالنقود وقيل كالعروض (قوله المتقارب) قيد به لان المتفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والاكارع والسفرجل لا يجوز السلم فى شئ منها عددا الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ وما جاز السلم فيه عددا جاز كيلا ووزنا أولى وجعلهم الباذنجان من المتقارب لعله بحسب ديارهم اما فى ديارنا فغير مهدر التفاوت نهر عن الفتح قلت يمكن ان يكون المراد خصوص الباذنجان الابيض لان التفاوت فيه غير متفاحش بخلاف الاسود (قوله عددا) و يشترط مع العدد بيان الصفة بحر عن شرح الشافى (قوله لا يصح فى بيض النعامة) لتفاوت آحاده فى القيمة وقيل ان أسلم فيه للاكل جاز والا فلا (قوله يصح كيلا) وما يكون من التخلخل بين كل بيضتين يغتفر لضارب السلم (قوله و يصح فى الفلس) لامكان ضبطه بالعدد (قوله وقال محمد لا يجوز) بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين لانها أثمان الا ان ظاهر الرواية عنه كقولهما وهو الاصح ولهذا لم يحك فى الجامع الصغير خلافا (قوله واللبن) بكسر الباء الموحدة ويجوز التخفيف أى بحذف الحركة فيصير مثل حمل وهو الطوب النئ وفى الذخيرة لو باع آجرة من ملبن لم يجز من غير اشارة لان اللبن من المعدود المتقارب باعتبار قدره ومن المتفاوت باعتبار نضجه فاعتبر الاول فى السلم للحاجة واعتبر الثانى فى البيع بحر (قوله والآجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد أشهر من التخفيف الواحدة آجرة وهو معرب وهو اللبن اذا طبخ بحر عن الصحاح (قوله ان سمى ملبن معلوم) لان آحادها لا تختلف اختلافا يفضى الى المنازعة بعد ذكر الآلة زيلعى وهذا تصريح بأنه اسم آلة ويحتمل ان يكون اسما لما يضرب منه اللبن بناية وفى الجوهرة انما يصير الملبن معلوما اذا ذكر طوله وعرضه وسمكه وشرط فى الخلاصة ذكر الموضع الذى يعمل منه اللبن نهر والملبن بكسر الميم قالب الطين بحر عن الصحاح وفى القاموس الملبن كمنبر قالب اللبن (قوله و يصح فى الذرعى) كالثوب والبساط والحصير الحاقا لها بالمكيل والموزون بجامع الحاجة وأراد به غير المخيط اما المخيط فلا يجوز السلم فيه كالفراء والقلانس والخفاف نهر عن الفتح (قوله ان بين الذراع) أى من جنس الذرعان (قوله والصفة) بأنه قطن أو كتان أو مركب منهما وهو الملحم أو حرير عينى وفسر فى الدرر الصفة بالغلظ والرقة (قوله والصنعة) بأنه عمل الشام أو الروم أو نحوهما أو عمل زيد أو عمرو ولانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء وان كان ثوب

أى اسلم الثمن فيه والهمزة للسلب أى ازال سلامة الدراهم بتسليمه الى المفلس وقيل السلم والسلف بمعنى واحد (ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه ومالا يمكن) ضبط صفته ومعرفة قدره كالحيوان والجواهر واللآلئ (فلا) يصح (فيصح فى المكيل) كيلا (و) فى (الموزون) وزنا الا (الثمن) كالدراهم والدنانير (و) يصح فى (العددى المتقارب) عددا (كالجوز والبيض) مطلقا سواء كان بيض نعامة أو غيره وروى الحسن عن أبى حنيفة ان السلم لا يصح فى بيض النعامة وكما يصح فى المعدودات المتقاربة عددا يصح كيلا عندنا وقال زفر لا يصح كيلا وعنه انه لا يصح عددا أيضا (و) يصح فى (الفلس) وقال محمد لا يجوز (واللبن والآجر ان سمى ملبن معلوم و) يصح فى (الذرعى) ذرعا (كالثوب ان بين الذراع والصفة والصنعة

لا فى الحيوان) أى لا يصح فى الحيوان مطلقا وقال الشافعى يصح ان بين جنسه ونوعه وسنه وصفته (و) لا فى (اطرافه) كالرؤس والاكارع وهى مادون الركبة من القوائم ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه (و) لا فى (الجلود عددا) الا اذا بين الطول والعرض والصفة وقال مالك يصح السلم فى رؤس الحيوان واطرافه وجلوده عددا قوله عددا متعلق بالاطراف والجلود (و) لا فى (الحطب حزما و) لا فى (الرطبة جرزا) الا اذا بين طول ما تشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان يعرف به ولا يتفاوت والجرز جمع جرزة بتقديم الراء المهملة على الزاى المعجمة وهى القبضة من القت ونحوه (و) لا فى (الجواهر والخرز) وفى صغار اللآلئ التى تباع وزنا يصح السلم فيها (و) لا فى الشئ (المنقطع) عن أيدى الناس مطلقا سواء كان المسلم فيه موجودا عند العقد منقطعا عن أيدى الناس عند حلول الاجل أو كان منقطعا وقت العقد موجودا فى ايدى الناس عند المحل أو كان موجودا عند العقد وعند المحل منقطعا فيما بينهما وعند الشافعى يصح فى الصورتين الاخيرتين واذا كان المسلم فيه موجودا من وقت العقد الى وقت المحل يصح اتفاقا واذا كان المسلم فيه موجودا من وقت العقد الى وقت المحل فلم يأخذه بعد المحل حتى انقطع عن أيدى الناس خير رب السلم بين أن يفسخ و يأخذ رأس المال و بين أن ينتظر وجوده فيأخذ ما اسلم فيه وقال زفر يبطل العقد و يأخذ رأس المال (و) لا فى (السمك الطرى) فى غير حينه وزنا وعددا فان كان فى حينه يصح وزنا

لا عددا

حرير يباع بالوزن فلا بد من بيان وزنه مع ذلك لانه لا يصير معلوما الا به عينى ومافى الدرر من ان ثوب الحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته على عكس الديباج لعله بحسب دياره لانه فى ديارنا انما يزاد فى قيمة الثوب الحرير عند زيادة وزنه (قوله لا فى الحيوان) دابة كان أو رقيقا لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن السلف فى الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى الحمام والقمرى والعصافير الا انه يخص من عمومه السمك نهر (قوله يصح ان بين جنسه الخ) لان التفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ماذكر يبقى تفاوت فاحش فى المالية باعتبار المعانى الباطنة فيفضى الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وما روى انه عليه الصلاة والسلام اشترى بعيرا ببعيرين الى أجل كان قبل نزول آية الربا الان الجنس بانفراده يحرم النساء زيلعى (قوله ولا فى الجلود عددا) وكذا الورق والتقييد بالعدد يشير الى جواز السلم وزنا نهر (قوله حزما) بضم الحاء وفتح الزاى من الاحوال المنتظرة المؤولة بالمشتق وكذا ما سيأتى من قوله جرزا و فى الجمهرة كل شئ جمعته كالاضبارة فقد ٦ حزمته ومنه سميت حزمة الحطب عينى وفى المصباح وعنده اضبارة من كتب بكسر الهمزة أى جماعة وهى الحزمة والجمع أضابير والضبارة بالكسر لغة والجمع ضبائر شيخنا (قوله ولا فى الرطبة الخ) اى ولا فى الرطبة حال كونها مقبوضة بقبضات كل قبضة جرزة أو مشدودة بشدات كل شدة جرزة أى حزمة فالتعبير بجرز للتفنن فى العبارة نوح أفندى ومنه يعلم ان الاستثناء فى قول الشارح الا اذا بين طول ما تشد به الحزمة منهما معا لا من الاول فقط (قوله الا اذا بين طول ما تشد به الحزمة) ولو قدر بالوزن جاز أيضا نهر (قوله وهى القبضة من القت ونحوه) تفسير الشارح الجرزة بالقبضة لا يتعين لما سبق من انه يجوز أن تفسر بالحزمة أيضا وفى النهر عن الشامل ما يفيد جواز السلم فى القت وزنا انتهى وفى الصحاح القت الفصفصة والفصفصة بالكسر الرطبة شيخنا (قوله والخرز) بالتحريك الذى ينظم وخرزات الملك جواهر تاجه وكان اذا ملك عاما زيدت فى تاجه خرزة ليعلم عدد سنين ملكه قاله الجوهرى وذلك كالعقيق والبلور لتفاوت آحادها تفاوتا فاحشا نهر (قوله ولا فى الشئ المنقطع) لان القدرة على التسليم حال وجوبه شرط وفى كل وقت بعد العقد يحتمل وجوبه بموت المسلم اليه لان الديون تحل بموت من عليه الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم وحد الانقطاع ان لا يوجد فى الاسواق وان كان فى البيوت زيلعى ولو انقطع فى اقليم دون آخر لا يصح فى الاقليم الذى لا يوجد فيه نهر عن الفتح لانه لا يمكن احضاره الا بمشقة عظيمة حتى لو أسلم فى الرطب ببخارى لا يجوز وان كان يوجد بسجستان نوح عن شرح الهداية للعينى (قوله عند المحل) بكسر الحاء اسم زمان أى وقت حلول المسلم فيه شيخنا (قوله أو كان موجودا عند العقد وعند المحل منقطعا فيما بينهما) من هنا يعلم ان ما وقع فى الدرر حيث بين المنقطع بقوله بان استغرق العدم جميع الوقت من العقد الى الاجل غير صحيح والصواب بان لم يستغرق وجوده جميع الوقت الخ كذا ذكره عزمى زاده ثم ظهر لى ان قوله بان استغرق الخ ليس تصويرا للمنقطع بل تصوير للوجود المنفى المنفهم من قوله أى ولا فيما انقطع ولم يوجد من حين العقد الخ غايته ان تعبيره بالعدم وقع من سهو القلم والصواب ابداله بالوجود وما أجاب به الشيخ حسن يعكر عليه تعبير صاحب الدرر بباء التصوير المفيدة للحصر (قوله يصح فى الصورتين الاخيرتين) لوجود القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك ولنا ما ورد عن ابن عمر انه عليه السلام نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وفى لفظ حتى تبيض وتأمن العاهة وهذا نص على انه لا يجوز فى المنقطع فى الحال اذ الحديث ورد فى السلم ويدل عليه قوله عليه السلام اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه (قوله وقال زفر يبطل) للعجز عن تسليمه كما اذا هلك المبيع قبل القبض قلنا ان السلم قد صح وتعذر التسليم بعارض على شرف الزوال فيخير فيه كما اذا أبق العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لانه قد فات لا الى خلف زيلعى (قوله فى غير حينه) أى فى الشتاء لانه ينقطع فيه لانجماد الماء قيد بقوله فى

غير

٦ قوله وعنده اضباره بالضاد المعجمة كما فى القاموس اه بحراوى

غيرحينه لانه لوأسلم فى الصيف وكان منتهى الاجل لايبلغ الشتاء جاز وزنا لاعددا وهـذا معنى قول محمد لاخير فى السمك الطرى الافى حينه نهر (قوله ولوكان فى بلد لا ينقطع أصلا) كمصر (قوله لا يصح فى الكبار الخ) اعتبارا بالسلم فى اللحم عنده لاختلاف الناس فى نزع عظمها واختلاف رغباتهم فى مواضعها زيلعى وفى تقييد الشارح بالوزن اشارة الى ان اختلاف الرواية عن الامام فى الكبار من حيث الوزن اما عدم الجواز فى الكبار بالنسبة لغير الوزن كالكيل فرواية واحدة وبهذا التقرير تعلم مافى عبارة الايضاح التى نقلها الزيلعى وغيره كالنهر من الايهام حيث قال الصحيح جوازه فى الصغار كيلا ايضا وفى الكبار روايتان انتهى (قوله لوما لحا) يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الافى لغية رديئة نهر عن المغرب وأجاب السيد الحموى بأنه وقع التعبير به فى كلام الشافعى وهو عربى يحتج بكلامه وأنشد بعضهم على ذلك فقال

ولوتفلت فى البحر والبحر مالح * لاصبح ماء البحر من ريقها عذبا

(قوله وعندهما يصح ان بين الخ) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويصح استقراضه وزنا ويجرى فيه ربا الفضل بعلة الوزن فصار كالالية والشحم وله انه يختلف سمنا وهزالا ويختلف باختلاف فصول السنة فما يعد سمينا فى الشتاء يعد مهزولا فى الصيف ولانه يتضمن عظاما غير معلومة ويجرى فيه المماكسة فالمشترى يامره بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا يرتفع ببيان الموضع وذكر الوزن فصار كالسلم فى الحيوان وفى مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الاول وهو الاصح لان الحكم اذا علل بعلتين لا ينتفى بانتفاء احداهما والتضمين بالمثل ممنوع فانه من ذوات القيم فى رواية بيوع الجامع وكذا لا يجوز استقراضه ولو سلم فيهما فهو معاين عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف فى الذمة وقيل لا اختلاف بينهم فجواب الامام فيما اذا أطلق السلم فى اللحم وجوابهما فيما اذا بين موضعا معلوما والاصح ان الخلاف فيه ثابت زيلعى والفتوى على قول الصاحبين ولحم الطيور يجوز السلم فيه ان بين الموضع عند الكل لان ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح نهر (قوله لم يدر قدره) لاحتمال ان يضيع فكان المسلم فيه مجهول القدر بخلاف البيع حيث جاز به وان لم يعرف قدره لوجود التسليم عقيب العقد من غير تراخ (قوله كالقصعة) بفتح القاف شيخنا عن المختار (قوله كالزبيل الخ) لانه يقع النزاع فى الكبس وعدمه قال النووى فى تهذيب الاسماء واللغات الزبيل بفتح الزاى وبعدها باء مكسورة مخففة من غير نون وجمعه زبل بضم الزاى وسكون الباء قاله فى المحكم انتهى وفى الصحاح الزبيل معروف فاذا كسرته شددت فقلت زبيل الخ (قوله كذا عن أبى يوسف) كذا فى الهداية وهذا لا يستقيم فى السلم لانه ان كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم فيه كيف ما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا لتعيينه فكيف يتأتى الفرق بين المنكبس وغيره أو التجويز فى قرب الماء وانما يستقيم هذا التفصيل فى البيع اذا كان يجب تسليمه فى الحال حيث يجوز باناء لا يعرف قدره ويشترط فى ذلك الاناء ان لا ينكبس ولا ينبسط ويعتبر فيه استثناء قرب الماء أيضا زيلعى وجوابه فى النهر (قوله معينة) لاحتمال أن يعتريها آفة فلا يقدر على التسليم والى ذلك وقعت الاشارة بقوله عليه السلام أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه بخلاف مالو أسلم فى حنطة صعيدية أو شامية اذ لا يتوهم انقطاع الحنطة ثمة نهر (قوله لبيان الصفة) بان كان له نظير ولو أسلم فى حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة فى الحال (قوله كالخشمرانى الخ) الخشمرانى نسبة الى خشمران بضم الخاء وسكون الشين المعجمتين وضم الميم وبالراء فى آخره نون وهى قرية من قرى بخارى والبساخى نسبة الى بساخ بكسر الباء الموحدة وبالسين المهملة وبعد الالف خاء معجمة وهى قرية من قرى فرغانة عينى على الهداية وفى معراج الدراية البساخى بضم الباء وكسرها (قوله وشرطه الخ) شروع فيما يشترط ذكره من الشروط فلا يرد أن له شروطا أخر سكت

ولوكان فى بلد لا ينقطع أصلا يصح
فى جميع الاحيان وعن أبى حنيفة
ان السلم لا يصح فى الكبار من السمك
التى تنقطع وزنا (وصح) السلم (وزنا)
لا عددا. (لوما لحا و) لا فى (اللحم)
مطلقا عند أبى حنيفة وعندهما
يصح ان بين جنسه ونوعه وسنه
وصفته وموضعه وقدره كشاة
خصى ثنى سمين من الجنب مائة من
(و) لا (بمكيال أو ذراع) بعينه
(لم يدر قدره) واذا عرف يصح ولابد
ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا
ينبسط كالقصعة وان كان مما
ينكبس بالكبس فيه كالزبيل
والجراب لا يصح الا فى قرب الماء
استحسانا كذا عن أبى يوسف (وبر
قرية) أى لا يصح السلم فى بر قرية
معينة (وثمر نخلة معينة) ولو كانت
النسبة الى قرية لبيان الصفة
لا لتعيين المكان كالخشمرانى ببخارى
والبساخى بفرغانة يصح لان ذكره
لبيان الجودة (وشرطه) أى شرط
جواز السلم

عنها الان تلك لا يشترط ذكرها بل وجودها نهر (قوله بيان الجنس الخ) بيان الجنس والنوع والصفة والقدر هذه الاربعة تذكر فى كل من المسلم فيه ورأس المال شرنبلالية وانما يشترط بيان النوع فى رأس المال اذا كان فى البلد نقود مختلفة والا فلا يشترط بحر عن المعراج وفى النهر عن الخلاصة وبيان النوع فيما لا نوع له لا يشترط لكن تعقبه الحموى بانه لا يتوهم الاشتراط حتى ينفى ونفى الشئ فرع وجوده (قوله كبر أوشعير) وقيل بيان الجنس كقوله قمح صعيدى او بحيرى وهذا ليس بصحيح بل بيان الجنس ماذكرناه والذى ذكره هذا القائل هو النوع عينى (قوله كسقية الخ) بضم السين وتشديد الياء المسقية والبخسية منسوبة الى البخس وهو النقص شيخنا عن القاموس فعلى هذا يقرأ بالباء الموحدة من تحت وبالخاء المعجمة وذكر السيد الحموى ان نحسية بالحاء المهملة يعنى بعد النون منسوب الى النحس وهى الارض التى تسقيها السماء لانها منحوسة الحظ من الماء يعنى بالنسبة الى السيح كما فى البحر (قوله أو وسط) الوسط يستوى فيه المذكر والمؤنث والاثنان والجمع حموى عن المغرب (قوله مثل كذا كيلا الخ) أو كذا عددا (قوله وقال الشافعى يصح حالا أيضا) لانه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم مطلقا ولنا قوله عليه السلام من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فشرط فيه اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر لان المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط فلابد من الاجل ليقدر وهو الاجل الذى يتمكن فيه من تحصيله رخصة لحاجة المفاليس يكون شرطا ضرورة زيلعى والحاصل ان محل الرخصة لا يتحقق الا مع ذكر الاجل فلا يجوز بدونه بحر وفيه عن الكرمانى لو عقدا السلم بلا أجل فهو فاسد فان جعلا له أجلا معلوما قبل ان يتفرقا جاز ان كانت الدراهم قائمة بعينها الا نهافيه قائمة مقام المبيع انتهى وفى الدر المختار لا بأس بالسلم فى نوع واحد على ان يكون حلول بعضه فى وقت وبعضه الآخر فى وقت آخر (قوله وان كان مشارا اليه) قال به ابن عمر وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس ولانه ربما ظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ورديه ربما كان أكثر من النصف فاذا استبدله ورده فى المجلس فسد السلم عنده لانه لا يرى الاستبدال فى اكثر من النصف نهر (قوله لا يشترط معرفة القدر الخ) لانه صار معلوما بالاشارة كما فى الثمن والاجرة فلا يشترط معرفة قدره كما لا يشترط معرفة القيمة وللامام ان جهالة قدر رأس المال قد تفضى الى جهالة المسلم فيه اذ ربما ظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال وقد لا يتفق الرد فى مجلس العقد فينفسخ العقد فى مقدار المردود فاذا لم يكن القدر معلوما لم يدر فى كم انتقض وكم بقى فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوب فى هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافى اذ هو بيع المعدوم بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره فجهالته لا تؤدى الى جهالة المسلم فيه زيلعى ونهر (قوله حمل) بفتح الحاء أى ثقل يحتاج فى حمله الى ظهر او أجرة حمال نهر (قوله يتعين مكان العقد) لانه مكان الالتزام فيتعين لايفاء ما التزمه كموضع القرض والاستهلاك وله ان التسليم غير واجب فى الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والاستهلاك واذا لم يتعين بقى مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لاختلاف القيم باختلاف الاماكن وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة بان اشترى او استأجر دارا بمكيل او موزون موصوف فى الذمة او اقتسماها وأخذ أحدهما اكثر من نصيبه والتزم بمقابلة الزائد بمكيل او موزون كذلك الى أجل فعنده يشترط بيان مكان الايفاء وهو الصحيح وعندهما لا يشترط نهر وأما القرض والغصب والاتلاف فكالبيع بالاتفاق زيلعى فلا يشترط بيان مكان الايفاء وتعيين المصر يكفى زيلعى وقيل ان لم تبلغ نواحيه فرسخا يوفيه فى أى ناحية وان بلغت فرسخا لابد من تعيين ناحية وفى الشرنبلالية عن المحيط لو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع لان فى احد الجانبين زيادة وهو الحمل انتهى (قوله وما لا حمل له الخ) قيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذى يحمل مجانا وقيل ما يمكن رفعه بيد واحدة شيخنا عن الاكمل

(بيان الجنس) أى جنس المسلم
فيه كبر او شعير (و) بيان (النوع)
كسقية او بخسية (و) بيان (الصفة)
كجيدة او رديئة او وسط (و) بيان
(القدر) مثل كذا كيلا بمكيال
معروف أو كذا وزنا (و) بيان
(الاجل) المعلوم فلا يصح السلم الا
مؤجلا وقال الشافعى يصح حالا أيضا
واقله شهر فى الاصح وعليه الفتوى
وقيل ثلاثة أيام وقيل اكثر من نصف
يوم (و) بيان (قدر رأس المال) كائنا
(فى المكيل والموزون والمعدود) وان
كان مشارا اليه وقال أبو يوسف ومحمد
لا يشترط معرفة القدر بعد التعيين
بالاشارة حتى لو قال اسلمت اليك هذه
الدراهم فى كر بر لا يصح عنده
وعندهما يصح واجمعوا على ان رأس
المال لو كان ثوبا او حيوانا يصير معلوما
بالاشارة (و) شرط بيان (مكان
الايفاء فيما له حمل) ومؤنة (من
الاشياء) كالبر ونحوه وقال ابو يوسف
ومحمد ليس بشرط ولكن ان شرطاه
صح وان لم يشرطاه يتعين مكان
العقد للتسليم (وما لا حمل له) ولا مؤنة

والمؤونة

والمؤونة الكلفة (قوله كالمسك والكافور) يعنى القليل منهما نهر (قوله ويوفيه حيث شاء) ولوعين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وقد اختلف الترجيح نهر (قوله يتعين مكان العقد) صححه ابن الكمال قال فى الفتح ومعناه اذا كان مما يتأتى التسليم فيه ومالا يتأتى فيه بان عقدا السلم فى لجة البحر أوفى جبل يجب فى أقرب الاماكن منه (قوله وقبض رأس المال قبل الافتراق) لان السلم يتنى على اخذ عاجل بآجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه ولا فرق فى ذلك بين ما يتعين بالتعيين أولا لانه فيما لا يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهى عنه وأما اذا كان عينا فاشتراط القبض جواب الاستحسان اعمالا لمقتضى الاسم الشرعى ولانه لابد من تسليمه اليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه فان وجد فيه أبطله فان أسقطه قبل الافتراق ورأس المال قائم فى يد المسلم اليه صح وكذا لا يثبت فى المسلم فيه خيار رؤية بخلاف خيار العيب ويثبتان فى رأس المال اذا كان عينا وما فى النهر عن الواقعات باع عبدا بثوب موصوف الى اجل جاز لوجود شرط السلم فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل العقد لانه يعتبر سلما فى حق الثوب بيعا فى حق العبد ويجوز ان يعتبر فى عقد واحد حكم عقدين كالهبة بشرط العوض مشكل ومقتضى جواب الاستحسان ان يبطل وما ادعاه يمكن اجراؤه فى كل عين جعلت رأس مال السلم حموى (تتمة) بقى من الشرائط نقد رأس المال عنده للاحتراز عن الفساد لانه اذا رد بعضه بعيب الزيافة ولم يتفق الاستبدال فى مجلس الرد انفسخ العقد بقدر المردود نهر وخلوص البدلين عن أحد وصفى علة الربا وهو القدر والجنس كاسلام الحنطة فى الشعير والحديد فى الرصاص وكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين لتخرج النقود شرنبلالية وما فى النهر من قوله وكون رأس المال مما يتعين بالتعيين صوابه ابدال رأس المال بالمسلم فيه كما هو ظاهر وما فى العينى من قوله والشرط التاسع الذى لم يذكره الشيخ هو القدرة على تحصيل المسلم فيه فجوابه انه انما لم يذكره استغناء بما قدمه من عدم جوازه فى المنقطع (قوله قبل الافتراق بالابدان) وان ناما او مشيا فرسخا أو اكثر ولو دخل ليخرج الدراهم ان توارى عن المسلم اليه بطل وان بحيث يراه لا ولو أبى المسلم اليه قبض رأس المال اجبر عليه تنوير شرحه ولو أدى المسلم اليه الى رب السلم قبل حلول الاجل فانه يجبر على القبول حموى عن العمادية وتصح الكفالة والحوالة والارتهان برأس المال فان قبض المسلم اليه رأس المال من المحال عليه او الكفيل قبل افتراق العاقدين صح والا لا وبطلت الكفالة والحوالة واما الرهن فان لم يهلك فكذلك وان هلك قبل الافتراق وكانت قيمته مثل رأس المال او اكثر تم العقد وان كانت اقل تم بقدره وبطل فى الباقى نهر وسكت عن الكفالة بالمسلم فيه وقد صرح فى منية المفتى بجوازها حيث قال والحوالة برأس المال جائزة كذا الكفالة به وبالمسلم فيه انتهى قال شيخنا فان قلت سيأتى ان الكفالة بالمبيع لا تصح لان المكفول مضمون بغيره وهو الثمن يعنى انه ان هلك قبل قبض المشترى سقط عنه ثمنه لانفساخ البيع به والمسلم فيه مبيع فكيف صحت الكفالة به قلت ذلك فى بيع العين وهذا بيع دين انتهى (قوله وهو شرط بقاء العقد على الصحة) هذا هو الاصح كما فى النهر خلافا للبعض فلا يشترط كون القبض مقرونا بالعقد (قوله فان اسلم مائتى درهم الخ) تفريع على اشتراط قبض رأس المال نهر (قوله مائة دينارا الخ) التقييد باضافة العقد اليهما ليس احترازيا لانه لو أضافه الى مائتين مطلقا ثم جعل المائة قصاصا بما فى ذمته من الدين فالحكم كذلك فى الاصح قيد بكونها دينا عليه لانه لو قال والمائة التى لى على فلان فسد العقد فى الكل وان نقد الكل لاشتراط تسليم بعض الثمن على غير العاقد كما فى النهر وهو مفسد مطلقا (قوله ومائة نقدا) بالنصب فيهما فمائة على الحال كما ذكره العينى ونقدا وصفه ويجوز نصب مائة على البدل نهر وهو أولى من النصب على الحال لان وقوع الحال غير مشتقة او مؤولة بالمشتق مقصور على السماع حموى وكذا يقال فى قوله مائة دينا قال العينى وفى عامة النسخ مائة دين عليه ومائة نقد بالرفع فيهما فوجهه

كالمسك والكافور (لا) يحتاج الى بيان
مكان الايفاء (ويوفيه حيث شاء)
وهو الاصح وذكر فى الجامع الصغير
وبيوع الاصل انه يتعين مكان العقد
للايفاء (و) شرطه (قبض رأس المال
قبل الافتراق) بالابدان وهو شرط
بقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاد
العقد على الصحة وقال مالك ترك
قبض رأس المال يوما او يومين جائز
(فان اسلم مائتى درهم فى كر بر مائة دينا
عليه) اى على المسلم اليه (ومائة نقدا

ان يكون خبر مبتدأ محذوف (قوله فالسلم فى حصة الدين باطل) لافتراقهما عن دين بدين وليس المعنى انه انعقد باطلا فى حصة الدين بل هو صحيح والمفسد طارئ عليه بافتراقهما فلم يسر الفساد الى حصة المائة الثانية ولهذا قلنا لو نقد الكل قبل الافتراق صح نهر (قوله كما قال زفر) مقتضاه انه مذهبه وليس كذلك بل هو رواية عنه بدليل قول الزيلعى وعن زفر ان السلم فى الكل باطل لانه جعل القبول فى الدين شرطا لصحته فى الآخر فيفسد فى الكل وجوابه ان العقد وقع صحيحا لعدم تعين الدين ثم فساده فى البعض طارئ فلا يتعدى واما منافيه ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انتهى (قوله وفى الدراهم كذلك عنده) لجهالة مايخصها من المسلم فيه زيلعى (قوله خلافا لهما) بناء على ان اعلام رأس المال ليس بشرط عندهما (قوله الكر) بضم الكاف وتشديد الراء در (قوله مكاكيك) جمع مكوك بوزن تنور (قوله والمكوك صاع ونصف) فيكون القفيز اثنى عشر صاعا (قوله ولا يصح التصرف فى راس المال والمسلم فيه) لان المسلم فيه مبيع والتصرف فى المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز ورأس المال مستحق القبض فى المجلس والتصرف فيه مفوت له فلا يجوز زيلعى والتصرف المنفى يشمل البيع حتى لو باع رب السلم المسلم فيه من المسلم اليه باكثر من رأس المال لا يصح ولا يكون اقالة ويشمل الاستبدال حتى اذا استبدل المسلم فيه بجنس آخر لا يجوز لكونه بيع المنقول قبل قبضه وكذا الاستبدال برأس مال السلم لا يجوز لكونه يفوت القبض المشروط بخلاف ما اذا اعطاه من جنس رأس المال اجود أو اردأ حيث يجوز لانه قبض جنس حقه وانما اختلف الوصف الا انه لا يجبر على اخذ الاردأ ويجبر على اخذ الاجود لانه لا يعد فضلا وعلى هذا لو اعطاه اجود من المسلم فيه أو اردأ منه فحكمه حكم رأس المال ولا يشمل الاقالة سواء كانت فى الكل أو فى البعض فانها تجوز وذكر فى الذخيرة قولين فى الابراء عن المسلم فيه كله او بعضه هل هو اقالة فيرد رأس المال كله او بعضه او هو حط فلا يرد شيئا وفى كون الابراء يتوقف على القبول اختلاف وتفصيل حكاه فى البحر وأما الهبة ففى البحر عن الظهيرية لو وهب رب السلم المسلم فيه للمسلم اليه كانت اقالة للسلم ولزمه رد رأس المال اذا قبل انتهى (قوله أو تولية) ولو من عليه در قيد بما قبل القبض لان كلا من الشركة والتولية والمرابحة والوضيعة بعده جائز نهر (قوله صورة المسئلة الخ) لم يذكر الشارح صورة التصرف فى رأس المال قبل قبضه ومن صوره ما نقله شيخنا عن عزمى معزيا بالصدر الشريعة ان يعطى بدل رأس المال شيئا آخر ومن صوره أيضا ما نقله الحموى عن البرجندى ان يهبه من رب السلم قبل القبض (قوله لم يشتر الخ) لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اى لا تأخذ الا سلمك حال بقاء العقد او رأس مالك حال انفساخه زيلعى بخلاف بدل الصرف حيث يجوز الاستبدال عنه بشرط قبضه فى مجلس الاقالة تنوير وشرحه (قوله وعند زفر والشافعى يجوز قياسا) لانه لما بطل السلم بقى رأس المال دينا فى ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون وجه الاستحسان ما بيناه من قوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك ولانه أخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع فى حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه يعنى بالاقالة فتعين ان يجعل رأس المال مبيعا وان كان دينا فى الذمة لان كونه دينا لا ينافى ان يكون مبيعا كالمسلم فيه قبل القبض ولان الاقالة لما صارت بيعا جديدا من وجه كان حكم رأس المال فيها كحكمه فى البيع الاول وهو السلم تنزيلا للخلف منزلة الاصل فيحرم استبداله بعد الاقالة كما كان يحرم قبلها الا انه لا يجب قبضه فى المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لان الاقالة ليست ببيع من كل وجه الخ الزيلعى ومنه تعلم ما فى كلام بعضهم حيث عزا للزيلعى قوله ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لانه دين مثله مع ان الزيلعى انما علل عدم امكان جعل المسلم فيه مبيعا بسقوطه كما قدمناه والحاصل ان التعليل بانه دين مثله اى مثل رأس المال فى كونه دينا ايضا فاسد لكونه صريحا فى المنافاة بين ان يكون الشئ دينا ومبيعا والعجب ان الزيلعى مصرح بان كون رأس المال دينا فى الذمة لا ينافى ان يكون مبيعا (قوله كذا فى الحواشى الخ) المراد بالحواشى الخبازية وبالشرح شرح الهداية للسيد

فالسلم فى) حصة (الدين باطل) وفى حصة النقد يجوز ولا يشيع الفساد كما قال زفر هذا اذا كان رأس المال والمسلم فيه من نوع واحد اما اذا كان رأس المال من نوعين بان اسلم الى رجل فى كر بر عشرة من الدراهم المعينة وعشرة من الدنانير التى عليه فلا يجوز فى حق الدنانير اجماعا وفى الدراهم كذلك عنده خلافا لهما واما اذا كان السلم فيه من نوعين بان اسلم مائة درهم فى كر بر وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد لا يجوز عنده والكر ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف وقيل اربعون صاعا كذا فى المغرب (ولا يصح التصرف فى رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية) صورة المسئلة رجل اسلم عشرة دراهم فى كر حنطة فقال رجل آخر اشركنى فى الحنطة التى اسلمت فيها فاشركه فيها لا يجوز او قال بع منى الحنطة التى اسلمت فيها بما اسلمت فباعها لا يجوز (فان تقايلا السلم) بعد قبض المال (لم يشتر) رب المال (من المسلم اليه) برأس المال (شيئا) استحسانا وعند زفر والشافعى يجوز قياسا ثم هذا اذا كان السلم صحيحا اما اذا كان فاسدا فلرب السلم ان يتصرف فى رأس المال قبل قبضه كذا فى الحواشى نقلا عن الشرح

جلال الدين حموى (قوله ولو اشترى المسلم اليه الخ) قيد بالشراء لانه لو استفاده من ارضه او بميراث او بهبة او وصية واوفاه رب السلم وكاله بحضرمنه يكتفى بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد وهو السلم شيخنا عن النهاية (قوله لم يصح القضاء) حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم اليه وللمسلم ان يطالبه بحقه لانه اجتمع صفقتان بشرط الكيل فلابد من الكيل مرتين لنهيه عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى والموزون والمعدود اذا اشتراه بشرط العدكالمكيل وقيل فى المعدود روايتان نهر (قوله وصح لو قرضا) لانه اعارة حتى ينعقد بلفظ الاعارة فكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا للزوم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فلم تتحق الصفقتان فيكتفى بكيل واحد زيلعى (قوله ففعل صح) لوجود شرط الصفقتين وهو الكيل فيهما (قوله وهو غائب) تقييده بغيبته للاحتراز عما لو كان بحضرته فانه يصير قابضا بالتخلية در (قوله لم يكن قضاء مطلقا) أى سواء كان فيه طعام لرب السلم اولا كما سيصرح به (قوله وقال شمس الائمة الخ) كذا فى النسخ وحقه ان يكون مؤخرا عن قوله ولو كان فى ظرفه طعام رب السلم الخ كما هو كذلك فى النهاية والبحر والنهر وغيرها شيخنا (قوله الاصح عندى ان يصير قابضا) لان امره بخلط طعام السلم بطعام رب السلم على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا بحر عن الفتح (قوله ففعل وهو غائب فهو قبض) لان المشترى ملك المبيع بنفس الشراء فيصح امره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله فى الظرف ويكون البائع وكيلا فى امساك الظرف فيكون الظرف فى يد المشترى حكما بخلاف المسلم فيه اذا كاله المسلم اليه فى ظرف رب السلم وهو غائب لان حقه فى الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف امره ملكه فلا يصح فان قلت البائع لا يصلح ان يكون وكيلا فى القبض حتى لو وكله به نصا لم يصح توكيله ولا يكون قابضا له قلت لما صح امره تضمن صحة التوكيل وكم من شئ يثبت ضمنا لا قصدا قيد بظرف المشترى لانه لو امره ان يكيله فى ظرف البائع ففعل لم يصر قابضا لان المشترى صار مستعيرا للظرف من البائع ولم يقبضه فلا تصح العارية لانها لا تتم بدون القبض فصار كما لو أمره ان يجعله فى ناحية من بيت البائع عينى (قوله ولو أسلم أمة فى كر الخ) حاصل هذه المسئلة والتى بعدها الفرق بين الاقالة أى اقالة السلم والبيع بالثمن ففى السلم تجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبعده بخلاف البيع نهر (قوله بقى عقد الاقالة الخ) لان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه والمعقود عليه فى السلم هو المسلم فيه وهو باق فى ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية زيلعى (قوله وعليه قيمتها فى الصورتين) لعجزه عن ردعينها (قوله وعكسه شراؤها بألف) لان المعقود عليه فيه هى الامة فلا تصح الاقالة بعد هلاكها ابتداء وبالهلاك بعدها تبطل ولا تبقى لانعدام المحل فكانت عكس الاول بخلاف بيع المقايضة فانها تصح الاقالة فيه ابتداء بعد هلاك أحدهما ولا تبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقاء أحدهما والحاصل ان الاقالة اما ان تكون فى السلم أو فى بيع المقايضة أو فى بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة والرابع الاقالة فى الصرف بعد هلاك البدلين أو أحدهما فانها صحيحة وكذا لا تبطل بالهلاك فى البدلين أو أحدهما بعدها لان المعقود عليه فى الصرف ما وجب لكل واحد منهما فى ذمة الآخر وذلك غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة عينى (قوله والقول لمدعى الرداءة الخ) هذا صادق بما اذا قال أحدهما شرطنا رديئا وقال الآخر لم نشترط شيئا وبما اذا قال شرطنا جيدا وقال الآخر انما شرطناه رديئا والمراد الاول ولهذا أردفه بقوله لا لنافى الوصف ولا فاقوان الرداءة مثال حتى لو قال أحدهما شرطنا جيدا وقال الآخر لم نشترط شيئا فالحكم كذلك وبه اندفع ما فى البحر من انه لو قال لمدعى الوصف الشامل للرداءة والجودة لكان أولى نهر وانما كان القول لمدعى الوصف والاجل لانه يدعى الصحة اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا موصوفا فكان الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من حال المسلم تجنب الحرام زيلعى والتقييد بالاختلاف فى أصل التأجيل لانهما لو اختلفا فى مقداره فالقول لمدعى

(ولو) اسلم فى كر فلما حل الاجل (اشترى المسلم اليه) من رجل (كرا فأمر) المسلم اليه (رب السلم بقبضه) منه (قضاء) لحقه فقبضه رب السلم (لم يصح) القضاء (وصح) القضاء (لو) كان الكر (قرضا او امره بقبضه له) اى صح القضاء لو امر المسلم اليه رب السلم بقبض الكر للمسلم اليه (ثم) بقبضه (لنفسه ففعل) أى فاكتاله ثم اكتاله لنفسه (ولو أمر رب السلم) أى لو اسلم فى كر وحل الاجل وامر رب السلم (ان يكيله) المسلم اليه (فى ظرفه) اى ظرف رب السلم (ففعل) وكال (وهو) أى رب السلم (غائب لم يكن قبضا) مطلقا وعليه ان يكيله ثانيا بحضرته وقال شمس الائمة الاصح عندى ان يصير قابضا ولو كان فى ظرفه طعام رب السلم وقد كال المسلم اليه الكر فيه بأمره قيل يصير قابضا وقيل لا (بخلاف البيع) فانه لو اشترى من آخر طعاما عينا وامره ان يكيله فى ظرف المشترى ففعل وهو غائب فهو قبض (ولو اسلم امة فى كر) من البر او غيره (وقبضت الامة فتقايلا) السلم (فماتت) الامة فى يد المسلم اليه (او ماتت) الامة (قبل الاقالة بقى) عقد الاقالة فيما تقايلا فماتت (وصح) الاقالة فيما اذا ماتت قبل الاقالة (وعليه) اى على المسلم اليه (قيمتها) يوم قبضها فى الصورتين (وعكسه) اى عكس الحكم المذكور (شراؤها بألف) صورته اشترى امة بألف ثم تقايلا فماتت فى يد المشترى بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة ايضا (والقول لمدعى الرداءة

الاقل مع يمينه لانكاره الزيادة الاان يبرهن مدّعى الاكثر وان أقاماها فبينة مثبت الزيادة أولى ولو اختلفا فى مضيه فالقول للمسلم اليه مع يمينه لان الاصل عدم المضى الاان يبرهن الآخر ولو برهنا فبينة المطلوب أولى لان بينة المطلوب تثبت بقاء الاجل فكانت بينته مثبتة زيادة الاجل والاختلاف فى مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر بخلاف الصفة لان الوصف جار مجرى الاصل نهر بقليل زيادة بخط شيخنا وان اختلفا فى مكان الايفاء فالقول للمطلوب وان برهنا فللطالب عنده وعندهما يتحالفان و يترادان السلم وقيل على العكس وفى الظهيرية اذا اختلفا فى جنس المعقود عليه تحالفا وكذا فى الصفة بخلاف الاختلاف فى الصفة فى بيع العين وان اختلفا فى الجنس أو الوصف أو القدر تحالفا وترادا سواء كان فى رأس المال أو فى المسلم فيه بحر كما اذا ادّعى رب السلم شرط الجيد والمسلم اليه شرط الردىء (قوله والتأجيل) وقيل القول قوله الى أدنى الآجال وذلك شهر وفيما زاد عليه لا يقبل الا ببينة شرنبلالية (قوله فالقول قول رب السلم) عند أبى حنيفة لانه يدعى الصحة والاصل فيه انهما اذا اختلفا فى الصحة فان خرج كلام أحدهما مخرج التعنت بأن ادّعى المسلم اليه الوصف أو رب السلم الاجل ونفاه الآخر كان القول للمدّعى اتفاقا فان رب السلم بانكاره وصف الرداءة انكر ما ينفعه لان المسلم فيه الردىء يزيد على رأس ماله عادة والمسلم اليه بانكاره الاجل أنكر ما ينفعه أيضا وان خرج مخرج الخصومة بأن أنكر ما يضره فكذلك عند أبى حنيفة أى يكون القول لمن يدعى الصحة وعندهما القول للمنكر شيخنا (قوله وعندهما القول للمسلم اليه) لان فيه نفعه بسقوط المسلم فيه عنه ورد رأس المال بخلاف انكار رب السلم لانه متعنت حيث ينكر وجوب حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد على رأس المال عادة تبيين (قوله فالقول لرب السلم عندهم) لان المسلم اليه متعنت فى انكاره ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا وأشار الشارح بقوله عندهم الى ان هذه الصورة لا خلاف فيها للصاحبين خلافا لما فى الدرر ولهذا تعقبه فى الشرنبلالية بان تعميم الخلاف سهو بل الخلاف انما هو فيما اذا ادّعى المسلم اليه الاجل فيصدق عند أبى حنيفة بيمينه لا عندهما واما اذا ادّعاه رب السلم فيصدق اتفاقا نص عليه فى التبيين والهداية والمجمع والمواهب والمحيط موضحا بالتعليل انتهى قلت وعلى صاحب الدرر مؤاخذة أيضا من جهة لزوم التكرار بقى ان يقال ماسبق من ان القول لمدّعى الرداءة والتأجيل هل هو بيمينه أولا وكذا الاخذ بقول المنكر عند الصاحبين حيث لم يكن بالانكار متعنتا هل هو موقوف على يمينه أولا قلت ذكر فى الشرنبلالية انه اذا ادعى المسلم اليه الاجل يصدق عند أبى حنيفة بيمينه الخ فاذا كان اليمين شرطا فى دعوى الاجل عند أبى حنيفة فكذا فى دعوى الوصف واما تحليف المنكر عند الصاحبين اذا أنكر ما يضره فلم أر من نص عليه (قوله وعندهما لرب السلم) لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول له وان أنكر الصحة (قوله والاستصناع) وهو طلب عمل الصنعة نهر (قوله وطست) بفتح الطاء وكسرها مؤنثة أعجمية وجمعها طساس وطسوس وقد يقال طسوت حموى عن المغرب فظاهره ان صاحب المغرب لم يتعرض لكونه بالسين المهملة أو الشين المعجمة مع ان المنقول عنه انه جوز فيه الوجهين وفى البحر عن الصحاح الطست الطس بلغة طىء ابدل من احدى السينين تاء للاستثقال فاذا جمع أو صغر ردت السين للفصل بينهما بألف أو واو أو ياء نحو طساس وطسوس وطسيس الخ وقوله أبدل من احدى السينين الخ يعنى لان الحرف المشدّد بحرفين (قوله فلا خير فيه) أى لا يجوز لان الجواز خير فيه نفى شيخنا عن العناية (قوله أى لو استصنع فى شىء من ذلك الخ) للاجماع الثابت بالتعامل من لدن النبى عليه الصلاة والسلام الى يومنا هذا وهو من أقوى الحجج وقد استصنع عليه السلام خاتما ومنبرا والقياس ان لا يجوز لانه بيع المعدوم وبه قال زفر والثلاثة ولكن ترك العمل به بما ذكرناه عينى لا يقال كيف يدعى الاجماع وخلاف الائمة الثلاثة ثابت لانا نقول انعقد الاجماع العملى وثبت فى الصدر الاول قبل وجود الائمة الثلاثة كذا بخط شيخنا ولا يشكل هذا على قول ابى حنيفة فى المزارعة فان التعامل موجود ومع هذا لم يأخذ به وأخذ بالقياس لان الخلاف فيها كان

والتأجيل لالنا فى الوصف) اى لا يكون القول لمنكر وصف المسلم فيه (والاجل) مطلقا أى ايهما كان حتى لو قال المسلم اليه شرطت لك رديئا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول للمسلم اليه وفى عكسه بأن ادعى رب السلم شرط الردىء وانكر المسلم اليه الشرط اصلا فالقول قول رب السلم عند ابى حنيفة وعندهما القول للمسلم اليه ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم كان له اجل فالقول لرب السلم عندهم وفى عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وانكر رب السلم فالقول للمسلم اليه عند ابى حنيفة وعندهما لرب السلم (وصح السلم والاستصناع فى نحو خف وطست وقمقم) ان كان يعرف بالوصف وان كان لا يعرف بالوصف فلا خير فيه قوله والاستصناع اى لو استصنع فى شىء من ذلك بغير أجل صح استحسانا صورته ان يقول للخفاف اخرز لى خفا من اديمك يوافق رجلى ويريه رجله بكذا واذا عمله الصانع

موجودا فى الصدر الاوّل زيلعى (قوله فله الخيار لانه اشترى مالم يره) يشير الى ما هو الصحيح من ان الاستصناع يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا اذ كل أحد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق أصبعه وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة أصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور حتى لو جاء به لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز ولو كان المعقود عليه عمله لم يجز وانما يبطل بموت أحدهما لان للاستصناع شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنعة زيلعى (قوله وعن أبى حنيفة له الخيار أيضا) لانه يلحقه الضرر بقطع الصرم والصحيح ان للمستصنع الخيار دون الصانع لانه المشترى لمالم يره والصانع بائع زيلعى (قوله لا خيار لواحد منهما) اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان فى اثبات الخيار له اضرارا بالصانع فربما لا يرغب فيه غيره زيلعى (قوله ومؤجله سلم) فيشترط فيه شرائط السلم (قوله ولو ضرب الاجل) المراد بالاجل ما قدّمه وهو شهر فان كان أقل كان استصناعا ان جرى فيه تعامل والا ففاسد ان ذكر على وجه الاستمهال وان للاستعجال بأن قال على ان تفرغه غدا أو بعد غد كان صحيحا وفصل الهندوانى فجعله من المستصنع استعجالا ومن الصانع تأجيلا بحر (قوله صار سلما عند أبى حنيفة) لانه أمكن تصحيحه سلما وأمكن تصحيحه استصناعا وجعله سلما أولى لانه عقد جاءت به السنة والاستصناع ثبت باصطلاح الناس لا بالحديث عينى ولا يرد ما ذكره هو فيما سبق من ورود الحديث فى الاستصناع لانه غريب ولهذا قال الزيلعى ان جواز الاستصناع ثبت بتعامل الناس والسنة الغريبة (قوله صار سلما عندهم) لان الاستصناع فيما لا تعامل فيه كالثياب لا يجوز اجماعا فتعين حمله على السلم تحريا للجواز واما فيما فيه تعامل كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين لكن لفظ الاستصناع حقيقة فكان محافظة قضيتها أولى ويحمل الاجل على الاستعجال لانه محتمل يحتمل ان يكون ذكره للتعجيل ويحتمل ان يكون للاستمهال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل المحتمل عليه زيلعى وللامام ما سبق بيانه عن العينى

(المتفرقات) (قوله صح بيع الكلب) فى النهر عن الاجناس لا ينبغى لاحد ان يتخذ كلبا فى داره الا ان يخاف من لصوص أوغيرهم والاسد والفهد والضبع بمنزلة الكلب فى ذلك واما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والزرع فيجوز بالاجماع اه والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام من اقتنى كلبا لغير صيد نقص من اجره كل يوم قيراطان والمراد بالاقتناء اتخاذه من قنوت الغنم وغيرها قنوة وقنيتها أيضا قنية بكسر القاف وضمها فيهما اذا اقتنيتها لنفسك لا للتجارة شيخنا عن المختار (قوله وعند أبى يوسف الخ) فى الزيلعى وعن وكذا فى بعض النسخ (قوله لا يصح بيع الكلب العقور) الذى لا يقبل التعليم واختاره السرخسى قال وهو الصحيح من المذهب نهر لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية زيلعى بل كلامه فى التنوير يفيد عدم جواز بيع الهوام وان لم تكن مؤذية ونصه لا يجوز بيع هوام الارض كالخنافس والعقرب كالسرطان قال شارحه وكل ما عدا السمك وجوز فى القنية بيع ماله ثمن كالسقنقور وجوز أبو الليث بيع الحيات ان انتفع بها فى الادوية الخ (قوله لا يصح بيع الكلب أصلا) لنهيه عليه السلام ولنا ما روى عن ابن عباس انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد وماشية وفى رواية الا كلب الضارى عينى ولان الشرع أباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا بيعا بخلاف الخنزير لانه نجس العين وما رواه الشافعى محمول على ابتداء الاسلام حين كان عليه السلام يأمر بقتل الكلاب زيلعى ولئن سلمنا نجاسة عين الكلب فنقول انما تمنع حرمة أكله لا منع بيعه واما عدم جواز بيع الخمر فلنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام ان الذى حرم شربها حرم بيعها نهر ولهذا أجزنا بيع السرقين وما فى العينى من قوله ويجوز بيع الجرو وعند بعض أصحابنا يعنى الصغير من أسد وكلب وغيره لانه ينتفع به فى المآل كالمهر والجحش شيخنا واعلم ان الضرى والضارى من أولاد الكلاب والانثى ضروة والجمع أضرؤ وضراء مثل ذئب وأذؤب وذئاب وقد ضرى الكلب بالصيد ضراوة أى تعود واضراه صاحبه أى عوده شيخ شاهين عن الصحاح

(فله الخيار اذا رآه) اى المستصنع لا للصانع وعن ابى حنيفة له الخيار أيضا وعن ابى يوسف انه لا خيار لواحد منهما (والصانع بيعه قبل ان يراه) وانما قيده به لانه اذا رآه واختاره صار متعينا ولم يبق للصانع فيه حق البيع (ومؤجله) أى مؤجل الاستصناع سلم (ولو ضرب الاجل فيما فيه تعامل صار سلما عند ابى حنيفة وعندهما هو الاستصناع ولو ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه صار سلما عندهم حتى يشترط تعيين راس المال واستقصاء الوصف ولا يكون له خيار رؤية

(المتفرقات) كان من دأب اهل التصنيف ذكر ما شذ من الابواب فى آخر الكتاب (صح بيع الكلب) عندنا مطلقا سواء كان معلما او غير معلم فضمن متلفه وعن أبى يوسف لا يصح بيع الكلب العقور وعند الشافعى لا يصح بيع الكلب اصلا (و) صح بيع (الفهد

قوله والانثى ضروة بفتح الضاد وتسكين الراء كذا ضبطه شيخنا بالقلم اه منه

وقوله ضرى بكسر ثانيه ضراوة بالفتح شيخنا (قوله والسباع) بسائر أنواعها فدخلت الهرة لانها تصطاد الفأرة والهوام المؤذية والصحيح في بيع القرد الجواز وفي التجنيس وهو المختار لانه يمكن الانتفاع بجلده لكن صحح في البدائع عدم الجواز لانه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة بل للتلهي نهر ويجوز بيع لحوم السباع والحمر المذبوحة في الرواية الصحيحة لانه طاهر منتفع به من حيث ايكال الكلاب والسنانير بخلاف الخنازير لانه لا يجوز ان يطعم الكلاب والسنانير كذا في المحيط قلت وهذا ظاهر على تصحيح طهارة اللحم بالذكاة الشرعية واما على أصح التصحيحين انها لا تطهر الا الجلد دون اللحم فلا يصح بيع اللحم شرنبلالية (قوله والذمي كالمسلم) لانه مكلف محتاج نهر (قوله في غير الخمر والخنزير) قال في ايضاح الاصلاح والتي خنقت أو جرحت في غير موضع الذبح وذبائح المجوس كالخنزير فالمستثنى غير مختص بهما كما يفهم من الهداية انتهى أقول ولا هو مختص بما ذكره أي في الايضاح لان الكافر لو اشترى مسلما أو مصحفا أو شقصا منهما أجبر على بيعه ولو كان المشترى صغيرا أجبر وليه وان لم يكن له ولي أقام القاضي له وليا كذا في السراج ولو أعتقه أو كاتبه جاز فان عجز أجبر على بيعه وان دبره أو استولدها سعيا في قيمتهما ويوجع ضربا بوطئه المسلمة وكذا الا يمنع من لبس الحرير والذهب بخلاف المسلم ولو استقرض الكافر خمرا فأسلم المقرض سقطت لتعذر قبضها وان أسلم المستقرض فعن الامام سقوطها وعنه ان عليه قيمتها وهو قول محمد (فرع) العاتق المسلم اذا اشترى عبدا امرد وكان من عادته اتباع المرد أجبر على بيعه دفعا للفساد نهر وما ذكره البرجندي من ان يستثنى أيضا ما نقل اذا كان للذمي عبدان اخوان صغيران فانه لا يكره للذمي ان يفرق بينهما بالبيع نظر فيه السيد الحموي بانه لا حاجة الى استثنائه فان الذمي كالمسلم في البيع والشراء من حيث الصحة والفساد لا من حيث الحل والحرمة فانهم ليسوا مخاطبين بفروع الشريعة على الصحيح اهـ (قوله فباع) يعني بايجاب وقبول كما في النهاية فليس الامر بالبيع ايجابا خلافا لما يفهم من بعض شراح الهداية لان لفظة الامر لا تكون ايجابا من المشتري فكيف بالاجنبي نهر (قوله بأن قال سوى الالف) حق العبارة أن يقال بأن قال بع عبدك بألف على اني ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف كما في الزيلعي والعيني وفي بعض نسخ الشارح فيد بقوله سوى الالف لانه لو حذفه كان كفيلا بمائة من الثمن ولا تثبت الزيادة نهر (قوله والمائة على الضامن) ولا يرجع على المشتري الا اذا كان بامره واما البائع فلا طلب له على المشتري بالزيادة التي ضمنها الآمر وان كان بأمره عيني أي وان كان الضمان بأمر المشتري لانه لما نفذت الزيادة من جهته صار هو وكيلا فيها فترجع اليه الحقوق أو لانه لم يلتزمها وانما التزمها الاجنبي فيطالب بها هو وحده كالوكيل بالشراء يطالب هو فقط ثم يرجع على الموكل زيلعي (قوله خلافا لزفر والشافعي) وهذا مبني على ان الزيادة تصح وتلتحق بأصل العقد عندنا وعندهما لا تصح ثم ان كل ما يحصل بمقابلته للاصل عوض لا يصح اشتراطه على الاجنبي كالثمن وان لم يحصل يجوز من الاجنبي ابتداء كالزيادة في الثمن ثم من شرط صحتها ان تقابل بالمبيع صورة وتسمية فاذا قال من الثمن وجدت المقابلة فصحت الزيادة وان لم يقل لم توجد المقابلة فلم تصح الزيادة فصار التزاما للمال ابتداء وهو رشوة فاذا جازت الزيادة لا يرجع بها على المشتري ولا تظهر في حق حبس المبيع والمرابحة والشفعة الا اذا كانت بأمر المشتري ولا يقال هذا مشكل فان الزيادة اذا كانت من المشتري نفسه لم تظهر في حق الشفيع حتى كان له أخذها بأصل الثمن من غير زيادة فكيف تجب عليه الزيادة بزيادة الاجنبي والمشتري لم يلتزمها الا انا نقول هذه زيادة ذكرت في العقد فصارت من جملة الثمن بخلاف الزيادة بعد العقد زيلعي (قوله ووطء زوج الامة الخ) ولو انتقض البيع بعد ما زوجها قبل القبض بطل النكاح في قول أبي يوسف وهو المختار خلافا لمحمد وهو مقيد بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع ويجب المهر للمشتري نهر عن النهاية والفتح ومثله في الدرر والمنح قال شيخنا وقوله ويجب المهر للمشتري لم أجد هذه الزيادة في النهاية ولم ينقلها صاحب البحر والعناية قال ثم رأيت بخط شيخنا يعني الشيخ شاهين انه وجد التصريح

بذلك

والسباع) من البهائم (والطيور)
المعلم وغيره سواء في ذلك وذكر
في الحواشي نقلا عن السراج هذا
اذا كان قابلا للتعليم (والذمي
كالمسلم في بيع) غير الخمر والخنزير
ولو قال) رجل (بع عبدك من زيد
ألف) درهم (على اني ضامن لك
مائة سوى الالف فباع صح (وبطل
ويأخذه من المشتري الالف (وان
الضمان) ولا شيء على الضامن
زاد) قوله (من الثمن) (فالالف على زيد
الالف وباع (والمائة على الضامن) خلافا لزفر
والشافعي (ووطء) زوج الامة
(المشتراة قبض لا عقده) حتى
لو اشترى أمة ولم يقبضها

بذلك في معراج الدراية للكاكي واستشكله يعني الشيخ شاهين بقوله كيف تكون هالكة من مال البائع ويكون المهر للمشتري فهو مخالف لقولهم الغنم بالغرم انتهى (قوله حتى زوجها) دلت المسئلة على ان تزويجها قبل قبضها صحيح بخلاف البيع لانه يفسد بالغرر بخلاف النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبله والنكاح لا ينفسخ به نهر ولانه يشترط في البيع القدرة على التسليم بخلاف النكاح الاترى ان تزويج الآبق يجوز دون بيعه زيلعي (قوله فوطؤه ينوب الخ) لانه حصل بتسليطه فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه زيلعي (قوله والقياس ان يصير المشتري قابضا) لانه تعييب حكمي الاترى انه لو وجدها المشتراة مزوجة يردها بالعيب فصار كالتدبير والاعتاق وكالوطء ووجه الاستحسان انه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصا في الذات وانما هو عيب على معنى ان رغبات الناس تقل فيها فصار كنقصان السعر بخلاف الوطء لانه فعل حسي اتصل بها وبخلاف الاعتاق والتدبير لان المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية أو حقه ومن ضرورته ان يصير قابضا زيلعي (قوله ومن اشترى عبدا أراد به المنقول اما العقار فلا يبيعه القاضي نهر عن النهاية وما في الدرر من قوله اشترى شيئا صوابه اشترى عبدا شيخنا عن الواني قال ويدل عليه قوله بيع العبد الخ (قوله فغاب المشتري قبل القبض) اما بعده فلا يبيعه القاضي لان حقه غير متعلق بماليته بل بذمة المشتري وقيده في جامع الفصولين بما اذا لم يخف عليه التلف فان خيف جاز له البيع نهر (قوله فبرهن الخ) عبارة الدرر فبرهن البائع على بيعه وعدم قبض ثمنه ومثله في الزيلعي والعيني قال في الشرنبلالية وفيه شهادة على النفي وهي غير مقبولة ويمكن الجواب بأن هذه البينة ليست للقضاء بل لنفي التهمة وانكشاف الحال فبعد انكشافه عمل القاضي بموجب اقرار البائع ولهذا لا يحتاج الى خصم حاضر انتهى وأقول ما ذكره من الجواب مصرح به في كلام الزيلعي ثم رأيت العلامة الواني ذكر ما نصه فان قيل كيف يقبل البرهان بلا حضور خصم وحضور الخصم شرط في قبوله قلنا قبول البرهان هنا لاستكشاف الحال أو لانه يدعي ثبوت ولاية النظر للقاضي في هذا المال بسبب غيبة صاحبه والقاضي ناظر لكل من يعجز عن النظر لنفسه والحاجة الى النظر ماسة لهما جميعا اما المشتري فلان العبد ملكه وهو محتاج الى النفقة وأما البائع فلانه يتخلص عن سقوط حقه في الثمن اذا هلك المبيع في يده فلهذا تقبل البينة كذا في النهاية وأنت تعلم أن مقتضى هذين الجوابين منع شرطية حضور الخصم لاستماع البينة ولا يخفى ما فيه ولو أجيب بأن القاضي ينصب خصما من جانب الغائب فيسمع البينة عليه لم يبعد انتهى بقليل تصرف (قوله لم يبع لدين البائع) لانه يتوصل الى حقه بالذهاب اليه زيلعي (قوله بيع لدينه) لا يقال هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز لانا نقول من المشايخ من قال ان القاضي يوكل بقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البائع قبل ايفاء الثمن والاوجه ان يقال أن البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود احياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه لان الشيء قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا عيني (قوله ولو غاب الخ) قيد بغيبته لانه لو كان حاضرا لا يقبضه ويكون متبرعا بالاتفاق وباقي البيان في الزيلعي (قوله احد المشتريين) قيد به لان أحد المستأجرين لو غاب قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها كان متبرعا لانه غير مضطر اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره التمرتاشي وينبغي ان يقال الا أن يشترط تعجيل الاجرة نهر (قوله حتى ينقد الخ) أي يؤدي وهو في الاصل تمييز جيد الدراهم من رديئها ثم استعمل في معنى الاداء واني أفندي (قوله لم يأخذ الا نصيبه بطريق المهايأة) والخلاف في مواضع أحدها في قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثاني في حبس نصيب الغائب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه اذا أدى والرابع في اجبار البائع على قبول ما أداه الحاضر من نصيب الغائب والخامس في اجبار البائع على تسليم نصيب الغائب اذا أوفاه الثمن كله عيني (قوله وكان متبرعا) لانه قضى دين الغائب بغير أمره فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته ولهما انه مضطر في دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا باداء الجميع

حتى زوجها فوطئها زوجها فوطؤه ينوب عن قبض المشتري وان لم يطأ فليس بقبض والقياس ان يصير المشتري قابضا (ومن اشترى عبدا فغاب) المشتري قبل القبض وقبل نقد الثمن (فبرهن البائع) عند القاضي (على بيعه) وطلب منه ان يبيعه بدينه (وغيبته معروفة لم يبع لدين البائع والا) اي وان لم تكن غيبته معروفة يعني لا يدري مكانه (بيع لدينه) واعطى الثمن ثم ان كان الثمن الثاني اكثر من الاول يمسك الفضل للمشتري حتى يحضر وان كان انقص من الاول رجع البائع على المشتري اذا ظفر به (ولو غاب) أي لو كان المشتري اثنين وغاب (احد المشتريين) قبل نقد الثمن والقبض (فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه) اذا حضر (حتى ينقد شريكه) من الثمن حصته وهذا قولهما وقال ابو يوسف اذا نقد الحاضر كل الثمن لم يأخذ الا نصيبه من العبد وكان متبرعا فيما أداه عن صاحبه فلا يرجع عليه هذا اذا كان الثمن حالا اما لو كان مؤجلا فليس له دفعه

والمضطر يرجع وله حق الحبس نهر (قوله وان حل الاجل) لان البائع لا يملك الحبس (قوله بألف مثقال ذهب وفضة) قيد بالمثقال لانه لو قال بألف من الذهب والفضة أو بالف من الدراهم والدنانير كان عليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم فضة وزن سبعة درر لانه المتعارف فانصرف اليه قال العلامة أخي شلبي والمراد المتعارف أي بالنسبة الى كافة البلاد وهذا المعنى انما يتحقق في وزن السبعة لا في نقد البلد كما لا يخفى انتهى فما في الشرنبلالية من قوله هذا باعتبار زمانهم في المعاملة واما الآن فالفضة ليس فيها دراهم وزن سبعة الخ ساقط واعلم ان هذا الانقسام ثابت في كل ما يقربه من المكيل والموزون والمعدود قرضا أو سلما أو غصبا أو وديعة أو مهرا أو وصية أو كفالة أو جعلا في خلع ومنه ما لو قال له علي كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل نهر (قوله فيهما نصفان) لانه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد نصفه ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بألف من الدراهم والدنانير حيث لا يشترط بيان الصفة وينصرف الى الجياد نهر (قوله وان قضى زيف) الزيف على وزن فلس بحر عن المصباح (قوله فهو قضاء) لان المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالا وهو حرام في الصرف والسلم زيلعي والمراد بالتجوز التساهل يقال تجوز في الصلاة ترخص فيها وتساهل ومنه تجوز في أخذ الدراهم ولم يردها وقوله به كأنه ضمنه معنى الرضا فعداه بالباء شيخنا عن عزمي زاده (قوله وقدتم استيفاؤه عندهما) اعلم ان قولهما هو القياس وقول أبي يوسف هو الاستحسان شيخنا عن الاتقاني (قوله وعند أبي يوسف يرد مثل زيوفه) وفي الستوقة والنبهرجة يرد مثلها اتفاقا وفي الحقائق عن العيون ما قاله أبو يوسف حسن دفعا للضرر فاخترناه للفتوى وفي الجوهرة علم بها قبل الانفاق واخذ بدلها جيادا كان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ولو كان له درهم فأعطاه درهمين وزنهما درهم جاز ويجبر على القبض ولو كان له دينار فأعطاه دينارين صغيرين وزنهما دينار لم يجبر نهر (قوله ويرجع عليه بالجياد) لان حقه في الوصف مرعي ولا قيمة له فوجب المصير الى ما ذكرنا الزيف من جنس حقه ووجوب رد الزيف عليه لأخذ الجيد ايجاب له عليه ولم يعهد في الشرع مثله ويرد عليه ان مثل هذا في الشرع كثير فان تكاليف جميع الشرع من هذا القبيل لانها ايجاب ضرر قليل لاجل نفع كثير كذا ذكره صدر الشريعة وقوله ايجاب له عليه اي ايجاب للدائن على نفسه فيكون من له الحق ومن عليه الحق واحدا وهو رب الدين نوح أفندي واعلم أن وجوب ردّ الزيوف مقيد بما اذا طلب الجياد من خصمه لا قبله حتى يقال انه يرد الزيوف باختياره لا بطريق الوجوب عليه واني افندي وقوله ويرد عليه ان مثل هذا في الشرع كثير نظر فيه العلامة اخي شلبي بانه قياس مع الفارق لان الضرر في التكاليف الشرعية دنيوي كصرف المال في طريق الحج ومشقة الصوم والقيام في الصلاة مثلا وهي امور خفيفة بالنسبة الى ما يقابلها من النفع الاخروي كالخلود في الجنان ومشاهدة جمال الرحمن فلا يجوز للعاقل ترك هذه المنافع العظيمة هربا من تلك المضرة القليلة بخلاف ما نحن فيه فان الضرر والنفع فيه دنيويان ويجوز للعاقل ترك النفع فيه بل التساهل في امثال تلك المنافع الخسيسة عد من محاسن الاخلاق الكريمة انتهى وكذا يعقوب باشا تبع صاحب الدرر في الاعتراض على صدر الشريعة الا ان العلامة نوابي انتصر لصدر الشريعة ونص ما ذكره في الجواب عنه كما في حاشية نوح أفندي وهم الشارح وبعض المحشين ان مراد صدر الشريعة من قوله لانها ايجاب ضرر قليل لاجل نفع كثير النفع الدنيوي فقط وليس كذلك بل مراده النفع الاخروي أيضا لان الحال في التجارات والمعاملات واقامة الحدود والقصاص كذلك الخ (قوله اوتكنس ظبي) في المغرب كنس الظبي دخل في الكناس من باب طلب وتكنس مثله ويروى تكسر وانكسر وفي المصباح الكناس بالكسر بيته وفي الفتح تكسر أي وقع فيها فتكسر ويحترز به عما لو كسره رجل فانه لذلك الرجل لا للآخذ ولا يختص بصاحب الارض نهر والمراد بتكسر الظبي انكسار رجله حموي عن صدر الشريعة (قوله فهو لمن

قوله او جعلا في خلع اراد به بدل الخلع اه منه

وان حل الاجل كذا في المحيط (ومن باع امة بالف مثقال ذهب وفضة) أي يجب من كل واحد منهما خمسمائة (وان قضى زيف) بدلا (عن جيد فهو قضاء) أي من له على آخر دراهم جياد وقضاها زيوفا وهو لا يعلم فانفقها أو هلكت ثم علم فليس عليه شيء وقدتم استيفاؤه عندهما وعند أبي يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد وان كان قائما له رده واسترداد الجياد اتفاقا وانما قيدنا بالعلم بعد اتلافه لانه لو علم ثم انفق كان رضي به فلا يرد مثله بعده بالاتفاق (وان افرخ طير او باض او تكنس ظبي في أرض رجل فهو) أي كل واحد منهما (لمن أخذه) لا لرب الارض

اخذه) لانه مباح سبقت يده اليه نهر (قوله هذا اذا لم يهيئ رب الارض الخ) وكان بعيدا من الصيد فان قرب منه بحيث يقدر على أخذه كان لصاحب الارض لانه صار آخذا له تقديرا لتمكنه من أخذه حقيقة كذا فى شرح الطحاوى والذخيرة والفتح وهو ظاهر فى ان غيره لو أخذه بان سبقت يده اليه لا يملكه وبه صرح فى المنتقى نهر (قوله فان هيأها فجميع ذلك الخ) لان الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد الا ترى ان من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيدا وحفر بئرا للماء فوقع صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره او وقع ما نثر من الدراهم فى ثيابه زيلعى وأشار بقوله وعلى هذا التفصيل الى ما ذكره فى الدرر من انه اذا أعد الثوب لذلك فهو لصاحب الثوب وكذا اذا لم يعده لكن لما وقع فيه وكفه اى جمعه صار بهذا الفعل له انتهى بقى ان ما سبق من جعل الصيد لصاحب الارض وان لم يهيئها له اذا كان قريبا بحيث يقدر على اخذه لانه صار آخذا له تقديرا يقتضى ثبوت الملك له فيما نثر من الدراهم فى ثيابه سواء هيأ ثوبه لذلك أم لا مطلقا وان لم يكفه بناء على ما هو المتبادر من ان المراد بثوبه الذى وقع فيه شئ من الدراهم التى نثرت ثوبه الذى هو لابسه اللهم الا ان يحمل على ما اذا لم يكن لابسه بان كان وضعه وحينئذ يستقيم اشتراط ما اذا اعده لذلك أو كفه يعنى ولم يكن قريبا بحيث يقدر على اخذه (تتمة) اختلفوا فى كراهة نثر ما كتب عليه اسمه تعالى واعلم انه اذا دفع الدراهم الى غيره للنثر لم يحبس لنفسه شيئا وفى السكر له ذلك ولو حضر رجل لم يكن عند النثر اختلف فى جواز اخذه قهستانى (قوله فالعسل لرب الارض) لانه من انزاله حتى يملكه تبعا كالاشجار ولهذا وجب فيه العشر اذا أخذ من ارض العشر زيلعى وقوله من انزاله اى ريعه وذكر الضمير باعتبار المكان والانزال جمع نزل بضم النون وفتحها ومعناه الزيادة والفضل شيخنا عن نوح أفندى (قوله ما يبطل بالشرط الفاسد الخ) والاصل فيه ان كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشرط الفاسد لما روى انه عليه السلام نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال او كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات يعنى الغير المالية والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالى عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة زيادة ما لا يقتضيه العقد فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا ولا يتصور ذلك فى المعاوضات الغير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا فى التبرعات فيبطل الشرط واصل آخر وهو ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز فى التمليكات واحترز زيلعى بالمحض عن نحو ادا الى غدا كذا على انك برئ من الفضل واما ما هو من باب الاسقاط المحض الذى يحلف به يجوز تعليقه مطلقا يعنى سواء كان الشرط ملائما او غير ملائم كالطلاق والعتاق وتقييد الزيلعى الاسقاط بكونه محضا للاحتراز عن الابراء وما هو من باب الاطلاقات والولايات كالمضاربة والوكالة حيث يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التحريضات قال عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وامر عليه السلام زيد بن حارثة فى غزوة فقال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة فاذا عرف هذا فنقول البيع مبادلة مال بمال فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان ويبطل البيع سواء كان الشرط نافعا او ضارا الا فى صورة واحدة وهو ان يقول بعت منك هذا ان رضى فلان فانه يجوز اذا وقته بثلاثة ايام لانه اشتراط الخيار للاجنبى وهو جائز قال فى النهر وهذا يفيد ان المتعلق انما هو لزوم البيع برضا فلان وفى جامع الفصولين لو قال بعت منك بكذا ان شئت فقال قبلت تم البيع انتهى قال شيخنا والظاهر ان المراد بالتمام اللزوم فكان سندا لقوله فى النهر وهذا يفيد ان المتعلق انما هو لزوم البيع الخ وان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد او يلائمه او فيه أثر او جرى التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع او الثمن او التأجيل او الخيار لا يفسد ويجوز الشرط وكذا اذا اشترى النعل على ان يحذوها وان كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا العادة جرت به فان كان فى الشرط منفعة لاهل

هذا اذا لم يهيئ رب الارض أرضه له فان هيأها له فجميع ذلك لرب الارض وانما خص الطير والظبي لانه اذا عسل النحل فى ارضه فالعسل لرب الارض وان لم يعدها لذلك (ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط) الفاسد

الاستحقاق فسد البيع والافلا وقد بيناه من قبل زيلعي (قوله البيع) في اطلاق البطلان على البيع
بشرط تسامح اذ هو من قبيل الفاسد لا الباطل كما سبق شرنبلالية (قوله والقسمة) لما فيها من معنى
المبادلة فكانت كالبيع زيلعي (قوله على ان لاحدهما الصامت) وهو الذهب والفضة من المال
حموي عن المصباح (قوله توى) كذهل شيخنا (قوله كانت القسمة فاسدة) وعلى الذي أخذ
الصامت ان يرد على شريكه نصف ما أخذ وعلى شريكه ان يرد نصف ما أخذ أيضا من العروض وقاشات
الحانوت والديون التي قبضها (قوله والاجارة) لان فيها تمليك المنفعة والاجرة زيلعي (قوله على ان يردها
مكروبة) اطلقه في الكافي والصحيح انه ان اشترطه في المدة فسدت والا بان قال اجرتك بكذا بان تكربها
بعد المدة فتردها مكروبة لا تفسد لعدم مجامعة الشرط الاجارة لانتهاء مدتها قبل شرط كرابها وهو باطلاقه
شامل لما لو قال اذا جاء رأس الشهر فقد اجرتك داري هذه بكذا فانه لا يصح التعليق وبه قال الصفار
وان جوزه في العمادية وذكر ان الفتوى عليه و ينبغي ان يستثنى من عدم صحة التعليق ما لو قال للغاصب
فرغها والا فأجر كل شهر كذا فلم يفرغ وجب المسمى بحر ونهر (قوله بان قال اجزت البيع الخ) قال
في النهر وهذا يفيد ان ال عوض عن المضاف اليه ولهذا قال في الدرر والبيع واجازته الا ان الظاهر عدم
قصرها على ذلك بل كل ما لا يصح تعليقه بالشرط لا يصح تعليق اجازته فلو زوج بنته البالغة بلا رضاها
فبلغها الخبر فقالت أجزت ان رضيت امي بطلت الاجازة اذ التعليق يبطل الاجازة اعتبارا بابتداء العقد
لكن لو ابدل قوله في النهر بلا رضاها بقوله بلا اذنها لكان اولى اذ المراد بعدم الرضا عدم الاذن بدليل
قوله فبلغها الخبر (قوله والرجعة) لانها استدامة الملك فتعتبر بابتدائه فلا يجوز تعليقها بالشرط كما لا يجوز
تعليق ابتداء الملك به وتصح مع الشرط الفاسد كما يصح النكاح معه وعلى هذا كان ينبغي ذكرها فيما
لا يبطل بالشرط ولهذا خطأ صاحب البحر المصنف ومن وافقه في ذكر الرجعة فيما يبطل بالشرط استدلالا
بما في البدائع من انها تصح مع الاكراه والهزل واللعب والخطا فلو بطلت بالشرط الفاسد لما صحت مع الهزل
واجاب في النهر بانه حيث ذكر الثقات ان الرجعة مما يبطل بالشرط لم يبق الشان الا في ذكر السبب الداعي
للتفرقة بينها وبين النكاح وكانه لانها فارقته في انها لا يشترط شهودها ولا يجب بها عوض مالي وله ان
يراجع الامة على الحرة التي تزوجها بعد طلاقها وتبطل بالشرط الفاسد بخلاف النكاح انتهى لكن يقال
لصاحب النهر انك فرقت بينهما بصورة المسئلة فلو قال فتبطل بالشرط الفاسد تفريعا على ما ذكره من
الفرق لكان اولى شيخنا (قوله والصلح عن مال) لانه معاوضة مال بمال زيلعي وهذا يقتضي تخصيص
المسألة بما اذا كان بيعا وقرر في الصلح انه انما يكون اذا كان عن مال بمال على خلاف الجنس وان كان
على جنسه فان كان اقل من المدعى به كان حطا وابراء وان بمثله كان قبضا واستيفاء وان باكثر منه كان
ربا نهر (قوله والابراء عن الدين) لانه تمليك من وجه اسقاط من وجه فلا يصح تعليقه بصريح الشرط
بخلاف ما اذا كان بمعناه فلو قال لمديونه ادغدا نصفه على انك بريء من الفضل ففعل برئ ولو قال ان
اديت او اذا او متى اديت لا يصح وفرق بانه في الاول لم يعلق البراءة بصريح الشرط وانما اتى بالتقييد وفي الثاني
بصريحه وهي لا تحتمل التعليق بالشرط ومن فروع المسئلة ما لو قال ان حلفت فانت بريء كان باطلا
ويستثنى من ذلك ما اذا علقه بالموت لاخراجه مخرج الوصية حتى لو قال لمديونه ان مت فانت بريء من
الدين جاز ويكون وصية حتى لو كان المديون وارثا توقف على اجازة الورثة بخلاف ما لو قال ان مت بفتح
التاء لانه مخاطرة كقوله ان دخلت الدار فانت بريء لا يبرأ ولو قالت المريضة ان مت من مرضي هذا
فانت في حل من مهري فماتت كان مهرها عليه خانية وينبغي ان يقال ان اجازت الورثة يصح لان المانع
كونه وارثا وفي النهر عن القنية ابرأته مطلقته بشرط الامهار صح التعليق لانه متعارف وتعليق الابراء
بشرط متعارف جائز فان هم ان يمهرها فماتت او لم تزوج نفسها منه لا يبرأ لفوات الامهار ويستثنى ايضا
ما اذا علقه بامر كائن كقوله ان كانت الشمس طالعة فانت بريء من الدين لان التعليق به تنجيز وسيذكر

(البيع) بأن باع أمة على ان
يستخدمها البائع شهرا (والقسمة)
بين الشريكين بأن اقتسما على ان
لاحدهما الصامت وللآخر العروض
وقاشات الحانوت والديون على الناس
على انه لو توى شيء من الديون يرد آخذ
الصامت على شريكه نصفه كانت
القسمة فاسدة كذا في الفتاوى الخانية
(والاجارة) كمن استأجر أرضا للزراعة
على ان يردها مكروبة (والاجازة)
بأن قال اجزت البيع اذا جاء رأس
الشهر (والرجعة) بأن قال ان رضيت
ضرتك فقد راجعتك (والصلح عن
مال) بأن كان لرجل الف درهم على
آخر دينا فقال له ان قدم فلان فقد
صالحتك عن الالف على هذا العبد
(والابراء عن الدين) بأن قال ان جاء
فلان فقد برئت من دعواي هذه

(وعزل الوكيل) بان قال ان قدم فلان فقد عزلتك عن الوكالة (والاعتكاف) بأن قال ان قدم فلان فلله على ان اعتكف رجبا (والمزارعة) بأن شرط فيها على العامل الحصاد والدياس والتذرية يفسد العقد فى ظاهر الرواية (والمعاملة) بان دفع الى رجل نخله معاملة سنين معلومة على ان يقوم عليه و يسقيه فما أخرج الله تعالى من الثمر فهو بينهما نصفان وعلى ان لرب الارض على العامل مائة درهم (والاقرار) بأن قال لفلان على الف درهم ان امطرت السماء اوهبت الريح (والوقف) صورة فساد الوقف بالشرط ان يقول وقفت دارى على كذا ان شاء الله تعالى فلا يصح الوقف وهو المختار (والتحكيم) كرجلين قالا لآخر ان قدم فلان فاحكم بيننا فى هذه الحادثة فانه لا يصح عند ابى يوسف وعليه الفتوى (ومالا يبطل بالشرط الفاسد القرض) بأن يقرض على أن يكتب الى صديقه بكذا كذا حتى يوفيه دينه (والهبة) كامرأة وهبت مهرها من زوجها على ان لا يطلقها وقبل الزوج صحت الهبة طلقها أولم يطلقها (والصدقة) كما اذا تصدق على رجل بدراهم على ان يرد عليه شيئا منها فالصدقة جائزة والشرط باطل (والنكاح) بأن تزوج امرأة على ان ينفق عليها فى كل شهر مائة دينار وقال أبو حنيفة النكاح جائز ولها نفقة مثلها (والطلاق) بأن قال طلقتك على ان لا تتزوجى بآخر بعد العدة وقبلت طلقت تزوجت أولا و بطل الشرط (والخلع) بأن اختلعت من زوجها بشرط أن لا يكون الولد الصغير لها صح الخلع دون الشرط (والعتق) بان قال اعتقتك على ان لا يكون الولاء بيننا وقبل العبد عتق و بطل الشرط (والرهن) بان رهن عند انسان شيئا فقال المرتهن للراهن آخذه على انه ان ضاع ضاع بغير شيء فقال نعم الرهن جائز والشرط باطل (والايصاء) بان قال لآخر لك مائة درهم

فى الكفالة انه يجوز تعليقه بالشرط الصريح الملائم (قوله وعزل الوكيل) علله الزيلعى بانه لا يحلف به فلا يجوز تعليقه وهذا احدى الروايتين وفى رواية السرخسى يجوز قال فى البحر وكونه مما يبطل بالشرط الفاسد خطأ وانه يجب ان يذكر فى القسم الثانى لانه انما يبطل به ما كان من باب التمليك والعزل ليس منه انتهى اقول ومامر من الاصل الثانى يؤيد ماقاله السرخسى نهر (قوله والاعتكاف) هذا ينافى مامر من صحة تعليق المنذور منه بل فى الخانية مايفيد الاجماع عليه واذا صح تعليقه لم يبطل بالشرط قال فى البحر وهذا هو الموضع الثالث مما اخطأ وافيه فى بيان مالا يصح تعليقه والخطأ هنا اقبح من الاولين لكثرة الصرائح بصحة تعليقه قال فى النهر والحق ان كلامهم هنا محمول على رواية فى الاعتكاف وان كانت الاخرى هى التى عليها الاكثر واما ما اجاب به بعضهم وكأنه العلامة المقدسى من ان ما هنا فى تعليق الاعتكاف لا فى تعليق المنذور به فمردود لتصريحه فى النهاية بان تعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط لا يصح نهر وحموى (قوله والمزارعة والمعاملة) لانهما اجارة فيكونان معاوضة مال بمال نهر (قوله بان شرط فيها على العامل الحصاد) لان الحصاد وما بعده عليهما لانتهاء عمل العامل كذا بخط شيخنا (قوله يفسد العقد) فى ظاهر الرواية هذا فى الشرط النافع لاحدهما ولو شرطا مالا ينفع كما لو شرطا ان لا يسقى لاحدهما حصته لا تفسد نهر (قوله والاقرار) الاقرار والوقف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته او بمجىء الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل فيلزمه الحال كما فى الزيلعى لصحة اقراره وظاهر اطلاق المصنف يعم الطلاق والعتاق فلو قال ان دخلت الدار فانا مقر بطلاقها او بعتقه لم يصح نهر عن البحر واعلم ان الزيلعى حكى فى كتاب الاقرار عن النهاية ان الاقرار المعلق باطل وعن المحيط انه صحيح ويبطل الشرط ونقل عن المبسوط ما يشهد لما فى المحيط وهو مخالف لما هنا نهر (قوله والوقف) لانه ليس مما يحلف به كما سبق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فقدم لا تصير وقفا لان شرطه ان يكون منجزا قال فى النهر وحكى فى البزازية وغيرها ان عدم صحة تعليقه رواية والظاهر ضعفها لجزم المصنف وغيره بها انتهى وقوله والظاهر ضعفها ليس هو من كلام البزازى بل من كلام صاحب النهر فالضمير فى ضعفها للحكاية أى ما حكاه البزازى شيخنا (قوله والتحكيم) لانه تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما لقطع الخصومة فبالاعتبار الاول يصح تعليقه وبالاعتبار الثانى لا يصح فلا يصح بالشك نهر (قوله فانه لا يصح) أى التحكيم حموى (قوله ومالا يبطل الخ) لما سبق من ان الشروط الفاسدة من باب الربا وانه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة زيلعى (قوله القرض) فى البزازية وتعليق القرض حرام والشرط لا يلزم انتهى وهو محمول على ما لو علقه بشرط فيه منفعة للقرض لنهيه عليه السلام عن قرض جر نفعا والذى فى الخلاصة عن كفالة الاصل والقرض بالشرط حرام نهر (قوله صحت الهبة) طلقها اولم يطلقها كتب ابن المصنف بهامش نسخته ما نصه وفى الخلاصة المختار ان شرط العوض فى الهبة معتبر فاذا انعدم العوض انعدم الرضى والهبة لا تصح بدون الرضا انتهى وفيه نظر لان كلام الخلاصة مفروض فيما يصلح عوضا كالنقود والعروض واما عدم الطلاق فلا يصلح عوضا فلا يكون شرطه معتبرا حموى (قوله قال ابو حنيفة الخ) فى بعض النسخ وقال ابو حنيفة والصواب الاول وعلى كل فليس فى المسئلة خلاف حموى واجاب شيخنا بانه انما خصه بالذكر لانه المستخرج المتبع (قوله بشرط ان يكون الولد الصغير لها) كذا فى اكثر النسخ وفى بعضها ان لا يكون وهو الصواب حموى هذا ان اريد بالصغير مالم يبلغ حد الاستغناء بان كان دون سبع ويحتمل ان يراد به مالم يبلغ درجة البلوغ فيشمل ما بعد انقضاء مدة الحضانة وعليه يحمل كلامه فلا تصويب حينئذ (قوله على ان لا يكون الولاء بيننا) فى بعض النسخ على ان يكون والظاهر الاول حموى (قوله وقبل العبد) ليس القبول شرطا حموى (قوله بان قال لآخر لك مائة الخ) كانه من باب القلب وكانه قال جعلتك وصيا على ان يكون لك مائة درهم

على ان تكون وصيا الشرط باطل والمائة وصية له وهو وصي كذا في المحيط (والوصية) بان أوصى بثلث ماله لام ولده ان لم تتزوج فقبلت فانها تستحق الثلث و بطل الشرط (والشركة) بان تفاوت المال في شركة العنان وشرط الربح

والوضيعة نصفين قالوا الوضيعة فاسدة والشركة صحيحة كذا في المحيط (والمضاربة) بان شرط الوضيعة على المضارب صحت المضاربة و بطل الشرط وتكون الوضيعة على رب المال (والقضاء والامارة) وفي الصغرى قال اذا قدم فلان فأنت قاض أو امير هذه البلدة جاز وهذا متفق عليه (والكفالة) بان قال ان استحق المبيع فأنا كفيل عن البائع بالثمن صح الشرط والكفالة كذا في المحيط (والحوالة) بأن احال رجل رجلا على غريمه بألف درهم فقال الغريم للمحيل قبلت الحوالة على ان تقرضني الفا أخرى صحت الحوالة وفي بالشرط أولا (والوكالة) بأن قال ان هبت الريح فأنت وكيلي في كذا يصير وكيلا في الحال (والاقالة) بان اشترى رجل من آخر عبدا بألف درهم وتقابضا ثم قال البائع اقلني حتى أؤخر لك الثمن سنة فقال اقلت جازت الاقالة دون التأخير (والكتابة) بان كاتب بشرط ان لا يخرج من الكوفة الا باذنه فالكتابة جائزة والشرط باطل وله ان يخرج (واذن العبد في التجارة) بان قال لاهل سوق اذنت لهذا العبد في التجارة بشرط ان يعلمني صح اقراره (ودعوة الولد) بان قال ان كانت الجارية حاملا فهو مني فهو منه مطلقا سواء كانت حاملا أولا (والصلح عن دم العمد) بان قال ان قدم فلان فقد صالحتك عن دم موروثي على كذا صح الصلح (و) عن (الجراحة) التي فيها القصاص كالموضحة بأن قال ان قدم فلان فقد صالحتك عن الموضحة على كذا حالا او مؤجلا صح الصلح (وعقد الذمة) بان صالح الامام على مال معلوم على ان يأخذ ذلك من الرؤس أو من الاراضي خاصة لا يصح الشرط (وتعليق الرد بالعيب وبخيار الشرط) وفي الخلاصة اذا قال ان لم ارد هذا الثوب المعيب اليوم عليك فقد رضيت فالشرط بالرد بالعيب باطل

ومعنى بطلان الشرط مع قوله والمائة وصية انها لا تكون للايصاء فيبطل جعلها له وتبقى وصية ان قبلها كانت له والا فلا والاولى ما صوره العيني اوصيت اليك على ان تتزوج بنتي اذ الكلام في الشرط الفاسد الذي لا يفسد العقد وما هنا صحيح بحر ونهر (قوله بان أوصى بثلث ماله الخ) قال شيخنا فيه نظر اذ هذا مثال تعليقها بالشرط وليس الكلام فيه والمناسب ان يقول اوصيت لك بثلث مالي بشرط ان تزوج ابني بابنتك كما في البحر والنهر (قوله تستحق الثلث) وان تزوجت بدليل قوله و بطل الشرط ولان الوصية مما لا يبطل بالشرط ولهذا ذكرها المصنف في القسم الثاني اعني ما لا يبطل بالشرط وعلى هذا ما في فتاوى قاضي خان لو اوصى بثلث ماله لام ولده ان لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فانها تستحق الثلث بحكم الوصية انتهى مستقيم لا غبار عليه وقوله بعد انقضاء عدتها بزمان لبيان الواقع لا مفهوم له حتى لو تزوجت عقب انقضاء عدتها فالحكم لا يختلف وحينئذ فما في البحر حيث استشكل استحقاقها الثلث بان الشرط لم يوجد ثم اجاب باحتمال ان يكون المراد بالشرط عدم تزوجها عقب انقضاء العدة لا عدمه الى الموت اخذا من قوله بزمان انتهى ساقط والعجب من بعضهم حيث قلد صاحب البحر في استشكاله استحقاقها الثلث بحكم الوصية وان تزوجت بان الشرط لم يوجد ولم يتنبه لما بين يديه من قول الشارح و بطل الشرط (قوله بان تفاوت المال في شركة العنان) لا ينبغي قصر التصوير على العنان بل ينبغي الاطلاق كما في الشروح حموي (قوله الوضيعة فاسدة) أي شرط كون الوضيعة نصفين فاسد لانها يتبع رأس المال في التفاوت (قوله والمضاربة) ولو شرط من الربح عشرة دراهم فسدت لا من حيث انها تبطل بالشرط الفاسد اذ هي لا تبطل به بل لقطع الشركة (قوله بان شرط الوضيعة على المضارب) وما في العيني من قوله بان قال ضاربتك في الف على النصف ان شاء فلان او ان قدم تعقبه في البحر بانه مثال لتعليقها بالشرط (قوله والقضاء) كما اذا ولاه الخليفة بلدة كذا على ان لا يعزل أبدا أو ولاه مؤبدا كان له عزله ولو بلا جنحة نهر (قوله والامارة) كما لو قال وليتك امارة بلدة كذا على ان لا تركب قال في البزازية ولو شرط عليه ان لا يرتشي او لا يشرب الخمر صح التقليد والشرط وان فعل شيئا من ذلك انعزل نهر (قوله اذا قدم فلان فأنت قاض) فيه ان هذا تعليق لا شرط فاسد والكلام في الشرط الفاسد حموي (قوله ان استحق المبيع) فيه ان هذا تعليق وليس الكلام فيه وقوله صح الشرط صوابه صح التعليق حموي (قوله والحوالة) في النهر عن البزازية ومن صور فساد الحوالة ما اذا شرط ان يعطي المحتال من ثمن دار المحيل لانه لا يقدر على الوفاء بما التزم بخلاف ما لو التزم الاعطاء من ثمن دار نفسه لانه قادر على بيع دار نفسه ولا يجبر على بيع داره كما اذا كان قبولها بشرط الاعطاء عند الحصاد ولا يجبر على القضاء قبل الاجل اه قال وهذه ترد على اطلاق المصنف وجوابه ان هذا من المحتال وعد وليس الكلام فيه (قوله والوكالة) بان قال وكلتك على ان تبرئني مما لك على نهر (قوله بان قال ان هبت الريح الخ) فيه ان هذا تعليق وليس الكلام فيه حموي (قوله يصير وكيلا في الحال) لكون هذا تعليقا بشرط غير ملائم فكان فاسدا وصار وكيلا للحال شيخنا (قوله بشرط ان لا يخرج من الكوفة الا باذنه) أو على ان لا يعامل فلانا او على ان يعمل في نوع من التجارة فتصح و بطل الشرط لانه غير داخل في صلب العقد فان كان داخلا فسدت كالكتابة على خمر نهر عن الزيلعي (قوله صح اقراره) كذا في كثير من النسخ وصوابه صح اذنه حموي (قوله ان كانت الجارية الخ) فيه ان هذا تعليق وليس الكلام فيه حموي (قوله فهو منه) أي الولد المنفصل شيخنا فأشار الى انه لا يصح جعل الضمير للحمل وان كان كلامه يوهم ذلك لانه يمنع منه قوله سواء كانت حاملا او لا (قوله بان قال ان قدم فلان الخ) فيه ان هذا وما بعده تعليق وليس الكلام فيه حموي (قوله بان صالح الامام) بنصب الامام وحذف الفاعل للعلم به أي صالح عاقد الذمة الامام الخ شيخنا (قوله لا يصح الشرط) يعني او يأخذ منهما (قوله وفي الخلاصة الخ) فيه ان هذا وما بعده تعليق وليس الكلام فيه حموي (قوله ان لم ارد هذا الثوب الخ) الذي في النهر عن الخلاصة ان لم ارد عليك الثوب المعيب اليوم فقد رضيت بالعيب

وله

فله الرد بعد اليوم انتهى ومنه يعلم ما فى كلام الشارح حيث قال فالشرط بالرد بالعيب باطل وكان الظاهر ان يقول فتعليق الرضا بالعيب على عدم رده اليوم باطل (قوله وله الرد به) أى له الرد بالعيب ولو بعد مضى اليوم (قوله بان كتب الخليفة الخ) فيه ان هذا تعليق وليس الكلام فيه حموى (تتمة) بقى مما لا يبطل بالشرط الفاسد الصلح عن جناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة او كفالة كذا فى النهاية زاد فى الخلاصة الحجر على المأذون وتسليم الشفعة والنسب واعلم انه بقى ما يجوز تعليقه وهو مختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق والالتزامات كالحج والصلاة والتوليات كالقضاء والامارة زيلعى قال فى البحر وقد فاته الاذن فى التجارة فانه يصح تعليقه بالشرط كما فى الخانية والهبة فانه يصح تعليقها بعلائم أيضا كما فى قوله وهبتك على ان تقرضنى كذا فى جامع الفصولين وكذا الكفالة فانه يصح تعليقها بعلائم ايضا كما مر وفى البزازية تعليق تسليم الشفعة بالشرط جائز نحو ان كنت اشتريت سلمت فان اشترى غيره فهو على شفعته والاسلام فانه يصح تعليقه بالشرط كما فى فتاوى قارى الهداية نهر لكن فى الدرر وحرر المصنف دخول الاسلام فى القسم الاول لانه من الاقرار ودخول الكفر هنا لانه ترك انتهى وقد ذكر المصنف فى آخر الاجارة ما يجوز اضافته وهو اربعة عشر موضعا وما لا يجوز وما فى الدرر من قوله ان الوقف يجوز تعليقه الى ما بعد الموت قال شيخنا لو قال يجوز اضافته الخ لكان اصوب اذ الكلام فى الاضافة لا فى التعليق والله اعلم

(كتاب الصرف)

كان المناسب ان يعنون بالباب كما فى الدرر لكون الصرف من انواع البيوع حموى (قوله الرابعة) صوابه الرابع وكذا قوله أخرها صوابه أخره حموى وهذا على ما وقع له فى نسخته واما نسخة شيخنا فعلى الصواب (قوله هو النقل والرد لغة) قال تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم وله تفسير آخر لغة هو الفضل قاله الخليل ومنه سمى التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة على الفرائض قال عليه الصلاة والسلام من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا أى نفلا ولا فرضا وسمى هذا البيع به لانه لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه الا الزيادة تبيين وفى بيع الجنس بجنسه يكون المراد من الزيادة جودة احد النقدين كذا بخط شيخنا (قوله هو بيع بعض الاثمان) اى بيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض وانما فسرناه به ولم نبقه على ظاهره ليدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ او بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد نهر تبعا للبحر قال الحموى ولو قيل المراد بالثمن ما خلق للثمنية لم يحتج الى تقدير هذا المضاف انتهى واعلم ان ركنه الايجاب والقبول او التعاطى وشرطه التقابض قبل الافتراق ولهذا لم يصح فيه اجل ولا خيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه وذلك يخل بالقبض فان اسقطا الاجل والخيار فى المجلس صح ويدخله خيار العيب ولا يتصور فيه خيار رؤية كسائر الديون لان العقد ينعقد على مثلهما لا عينهما بخلاف الاوانى والحلى نهر بتصرف ويوضحه ما فى البحر حيث قال واما خيار العيب فثابت فيه واما خيار الرؤية فثابت فى العين دون الدين الخ والمراد من الدين النقد ومن العين المصوغ من الاوانى والحلى ومحصل ما استفيد من البحر والنهر ان خيار العيب وخيار الرؤية يدخلان فى المصوغ بخلاف النقد فانه يدخله خيار العيب فقط ومن هنا يعلم ما فى عبارة الدرر حيث قال وصح خيار رؤية وعيب فى مصوغ لا نقد ثم ظهر ان معنى قوله لا نقد أى فانهما لا يدخلان فيه معا بل يدخله خيار العيب فقط واذ قد عرفت ما فى المسئلة من التفصيل ظهر لك ما فى عبارة ابن ملك والقهستانى من المؤاخذة حيث اطلقا فى محل التقييد ثم رأيت فى الشرنبلالية ما نصه خيار الرؤية لا يثبت الا فى العين أى فيما يتعين كالتبر والحلى لانه ينفسخ العقد بالرد كما فى المحيط لا فى الدين لانه لا فائدة فى رده بالخيار

وله الرد به واذا اشترى وشرط الخيار لنفسه ثلاثة ايام فقال ان لم ارد المبيع اليوم عليك فقد رضيت فهو باطل ويبقى خيار الشرط (وعزل القاضى) اذا بان كتب الخليفة الى القاضى اذا وصل كتابى اليك فانت معزول فوصل يصير معزولا وقال ظهير الدين المرغينانى نحن لا نفتى بصحة تعليق العزل وهكذا كان فتوى عمى وغيره

(كتاب الصرف) البيع بالنظر الى المبيع اربعة انواع بيع العين بالعين والعين بالدين والدين بالعين والدين بالدين فلما بين الثلاثة الاول شرع فى بيان الرابعة وانما أخرها لان بيع الدين بالدين اضعف البياعات حتى شرط قبض العوضين فى المجلس والمناسبة الخاصة بينه وبين السلم ان رأس المال اذا كان دراهم أو دنانير يكون بيع دين بدين فتناسبا وانما سمى به لحاجة النقل فى بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة وفى الشرع (هو بيع بعض الاثمان ببعض) بان باع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو احدهما بالآخر (فلو تجانسا) كالذهب بالذهب

اذ العقد لاينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد كذا في العناية انتهى (قوله شرط التماثل) نبه به على انه لو زاد احدهما قبل الافتراق او حط شيئا من الجنس فسد عند الامام وقال ابو يوسف لا يفسد وهما باطلان ووافقه محمد في الزيادة وجوز الحط كالهبة المستقلة ومبنى الخلاف على ان الشرط الفاسد يلتحق باصل العقد عنده خلافا لهما واجمعوا ان الزيادة والحط لو كانا من غير الجنس لم يفسد ويشترط في لزوم الزيادة قبضها قبل الافتراق ولو استحق احد بدلي الصرف بعد الافتراق فان اجاز المستحق والبدل قائم او ضمن العاقد وهو هالك جاز وان استرده وهو قائم او ضمن القابض وهو هالك بطل نهر (قوله في القدر) أي وزنا نهر وفي الكفاية العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته حتى لو تبايعا ذهبا بذهب مجازفة وافترقا بعد التقابض ثم علما بالوزن انهما كانا متساويين لا يجوز عندنا خلافا لزفر ابن ملك واستفيد من قوله ثم علما بالوزن الخ انهما لو علما ذلك قبل الافتراق جاز (قوله والتقابض) باليد لا بالتخلية شلبي عن فوائد القدوري قيل هو شرط الصحة فينبغي ان يشترط القبض مقرونا بالعقد الا ان حالهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه يجعل كانه وجد حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء على الصحة فلا نحتاج الى هذا التقدير زيلعي قال في النهر وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند الامام ولا يفسد على القول الاصح كذا في الفتح انتهى فعلى هذا لو اشترى الامة مع الطوق او السيف المحلى ولم ينقد شيئا من الثمن حتى افترقا فعند الامام يتعدى الفساد الى الامة والى النصل وعندهما يقتصر على الطوق والحلية وهو الاصح (قوله وان اختلفا جودة وصياغة) قيد اسقاط الصفة بالاثمان لانه لو باع اناء نحاس بمثله وأحدهما أثقل من الآخر جاز مع ان النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضا لان صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا تتغير أي النقود بالصنعة ولا تخرج عن كونها موزونا بتعارف جعلها عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرها فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته اذا صيغ وصنع نهر (قوله ولا يعنى به موضع جلوسهما الا في مسئلة) وهي ما اذا قال الاب اشهدوا اني اشتريت الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل كذا روي عن محمد لان الاب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق بالابدان فيعتبر المجلس بحر عن البدائع (قوله قبل أن يتفرقا) أي المتعاقدان قيد بالنقدين لانه لو باع أحدهما بفلوس شرط قبض أحد البدلين ولو غصب قلبا من أحد النقدين ثم استهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه فان تفرقا قبل قبض القيمة جاز عندنا خلافا لزفر لانه صرف وعندنا هو صرف حكما للضمان لا مقصودا فلا يشترط القبض ولو اشترى المودع الوديعة بخلاف جنسها وتفرقا قبل ان يجدد المودع قبضا في الوديعة بطل الصرف بخلاف المغصوبة لان قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء بخلاف الوديعة نهر والقلب السوار عناية (قوله حيث يبطل بمجرد قيامها) لانه دليل الاعراض (قوله ولا يصح التصرف الخ) فلا يجوز الابراء عن بدل الصرف ولا هبته ولا التصدق به فلو فعل لم يصح بدون قبول الآخر فان قبل انتقض الصرف والا لم يصح ولم ينتقض لانه في معنى الفسخ فلا يصح الا بتراضيهما فلو أبى الواهب ان يأخذ ما وهب اجبر على القبض بحر (قوله فسد بيع الثوب فقط) لان في تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد وما في العيني من قوله لان في تجويزه فساد القبض الخ غير مناسب والمناسب ابداله بفوات كما في الزيلعي وغيره كالنهر واشار بقوله فقط الى ان الصرف على حاله كما في الشرنبلالية عن المحيط وأوردان فساد الصرف حق الله تعالى وصحة بيع الثوب حق العبد وهو مقدم لحاجته واجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين وحق العبد لم يثبت لانه يفوت به حق الله تعالى بعد تحققه فيمتنع لا أنه يرتفع (قوله وعن زفر انه يجوز) اذ النقود لا تتعين بالتعيين دينا كانت أو عينا الا ترى انه لو أسلم دينا عن المسلم اليه جاز السلم حتى اذا اسلم اليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق تم السلم ولو تعين لما صح قلنا هو

(شرط التماثل) في القدر (والتقابض) في مجلس العقد (وان اختلفا جودة وصياغة والا) أي وان لم يتجانسا بأن باع ذهبا بفضة (شرط التقابض) دون التماثل (فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح) البيع (ان تقابضا) البدلين في (المجلس) ولا يعنى به موضع جلوسهما بل المعتبر وجود القبض قبل ان يفترقا بالابدان حتى لو قاما ومشيا فرسخا أو ناما في المجلس او اغمي عليهما ثم تقابضا قبل الافتراق صح العقد وكذا المعتبر ما ذكرنا في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة حيث يبطل بمجرد قيامها (ولا يصح التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) أي قبل قبض ثمن الصرف (فلو باع دينارا بدراهم) ولم يقبضها (واشترى بها ثوبا) في هذا المجلس (فسد بيع الثوب) فقط وعن زفر انه يجوز (ولو باع أمة مع طوق) ذهب أو فضة في عنقها

كذلك لا يتعين لكن المانع اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد لان تعيين الدين يكون اشتراطا على من عليه الدين كما اذا اشترى شيئا على ان يكون الثمن على غيره الا ترى انه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئا من غير من عليه الدين لا يجوز أو نقول الثمن فى باب الصرف مبيع و بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما فى المسلم فيه وخلاف زفر فيما لم يتعين بالتعيين واما اذا كان يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر فانه لا يجوز بالاتفاق لانه يكون بيع المبيع قبل القبض وهو لا يجوز زيلعى ونهر واعلم ان ماسبق من الوجه الثانى لفساد بيع الثوب من ان ثمن الصرف مبيع الخ يقتضى الفساد مطلقا سواء اشترى الثوب ممن عقد معه الصرف أو من غيره وبه صرح شيخنا (تتمة) المراد بالعين فيما سبق من التعليل لزفر بان النقود لا تتعين بالتعيين دينا كانت أو عينا مالم يكن فى الذمة وبالدين ما يخالفه وهو الكائن فى الذمة وتارة يراد بالدين مالا يتعين بالتعيين وهو النقد وبالعين المصوغ لانه يتعين بالتعيين كما سبق (قوله قيمة كل ألف) قال الزيلعى فيه تسامح فانه لا يعتبر فى الطوق القيمة بل القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا حاجة الى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق صار مقابلا بالطوق والباقى بالجارية قلت قيمتها أو كثرت قلت بين ذلك لاحد شيئين اما لبيان انقسام الثمن على المثمن أو للاشارة الى أن الثمن من خلاف جنس الطوق بأن كان الطوق فضة والثمن ذهبا أو بالعكس عينى ومقتضى قوله قلت الخ ان الجواب له وليس كذلك بل هو للزيلعى أيضا بقى ان يقال كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الشرط ان يزيد الثمن على النقد المضموم اليه حيث كان من جنسه فلو قال مع طوق زنته ألف بألف ومائة لكان اولى لكن قال فى الفتح وفى جعل الطوق ألف مثقال افراط فى التصوير لانه عشرة ارطال مصرية ووضع هذا المقدار فى العنق نوع تعذيب نهر (قوله فهو ثمن الطوق) لكونه صرفا فيشترط قبضه قبل الافتراق (قوله ألف نقدا الخ) بالجر على الابدال من الفين (قوله لانه لو اشتراها) أى مع الطوق شيخنا (قوله فسد البيع فى الكل) لان الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كما لو جمع بين حر وعبد فى البيع بخلاف الفساد كما فى المسئلة الاولى فانه طارئ فلا يتعدى الى غيره زيلعى والمسئلة الاولى هى ما لو كان ثمنها حالا وافترقا عن غير قبض حصة الطوق حيث يفسد فى الصرف دون الجارية لكون الفساد فيها طارئا لا مقارنا (قوله وعندهما فى الطوق خاصة) لان القبض ليس بشرط فى حصة الجارية فيتقدر الفساد بقدر المفسد وللامام ماسبق من الفرق قال فى الدرر ولو نقد الفا يعنى فى المسئلة السابقة فهو ثمن الطوق الخ ونظر فيه فى الشرنبلالية بما محصله ان المسئلة السابقة اشترط فيها شراؤهما بألفين نسيئة فصار العقد فاسدا من الاصل فلا يحكم بصحته لو نقد الفا بعده الخ واقول فيه نظر لانه اذا نقد حصة الصرف قبل الافتراق يعود العقد الى الجواز لزوال المفسد قبل تقرره ثم رأيت الموافقة للمرحوم الشيخ عبدالحى و رد ما اعترض به شيخه الشرنبلالى وعزمى أيضا و بهذا التقرير تعلم ما وقع لنوح افندى حيث قال وان اشتراها مع الطوق بألفى درهم مجملا غير مقيد بالنسيئة الخ اذ قوله غير مقيد بالنسيئة يقتضى انه مع التقييد بالنسيئة لا ينقلب العقد جائزا اذا نقد حصة الطوق قبل الافتراق وليس كذلك وكانه سرى عليه ذلك من متابعة عزمى والعجب كيف توهم هؤلاء الافاضل تقرر الفساد وعدم عود العقد الى الجواز بنقد حصة الطوق قبل الافتراق فيما اذا قيد بالنسيئة وقت شرائهما مع ما هو مصرح به فى الكتاب الذى هو بين ايديهم كغيره حيث قال اذا اسقط الاجل فى المجلس صح الصرف معللا بارتفاع المفسد قبل تقرره (قوله وان باع سيفا حليته الخ) ان قلت هذه المسئلة تعكر على ماسبق فى الفصل من كتاب البيوع من انه اذا اشترى دارا مركبا على بابها كيلون من فضة لا يشترط ان يتقدم من الثمن ما يقابله قبل الافتراق قلت لا نسلم للفرق بين المسئلتين وهو ان الحلية من مسمى المبيع بدليل ما سيأتى عن الدرر من ان السيف اسم للحلية أيضا بخلاف الكيلون ومحصل الفرق ان دخول الكيلون فى البيع على وجه التبعية لانه لم يكن من مسمى المبيع فلا يقابله شئ من الثمن بخلاف الحلية

(قيمة كل الف) أى قيمة كل واحد الف (بالفين ونقد من الثمن ألفا) فى المجلس (فهو) اى الالف المقبوضة ثمن الطوق وان اشتراها) أى هذه الامة (بالفين الف نقد والف نسيئة فالنقد ثمن الطوق) وانما قال بالف نقد والف نسيئة لانه لو اشتراها بالفين نسيئة فسد البيع فى الكل عند ابى حنيفة وعندهما فى الطوق خاصة (وان باع سيفا) محلى (حليته خمسون) درهما (بمائة) درهم (ونقد) من الثمن (خمسين

وقدمنا ان العلم في الشاش ونحوه كالكيلون وقد غلط في ذلك بعض أهل العصر فاعتبره بالمزركش وهو قياس مع الفارق اذ ما في المزركش من القصب ونحوه كالمخيش من مسمى المبيع كالديباج فكان مقصوداً اصليا بحيث ان الغرض المقصود لا يبقى بدونه بل يفوت بفواته ولا كذلك الشاش فان الانتفاع به حاصل ولو بعد ما ازيل العلم فلم يكن العلم في الشاش ونحوه مقصودا اصالة بل هو تابع كما يستفاد هذا المعنى من التسمية اذ هو مشتق من العلامة ولو كان مقصودا اصالة لحرم لبسه كما لا يخفى واعلم ان ماذكره في الدر المختار حيث علل ماذكره من ان السيف اسم للحلية أيضا بقوله لدخولها في بيعه تبعا لا يظهر له وجه صحة اذ ما دخل في البيع تبعا لا يقابله شئ من الثمن كما قدمنا التصريح به في الفصل من كتاب البيوع فالصواب حذفه لكونه مخالفا الصريح كلامهم فيما سبق وفيما هنا أيضا اذ ما صرحوا به هنا من انه يشترط نقد ما قابل الحلية من الثمن قبل الافتراق قاض بأنها انما دخلت في البيع قصدا لا تبعا (قوله فهو أي المقبوض حصتها) أي الحلية لكونه صرفا كما سبق وكان الحامل له على ذكر مسئلة السيف مع الحلية مع انه يستغنى عنها بمسئلة الامة مع الطوق التوطئة لما سيأتي من قوله ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها ان تخلص بلا ضرر فلا تكرار حينئذ ومن هنا تعلم ما في عبارة الدرر من الخلل وقد حاول المرحوم الشيخ شاهين تصحيح عبارته فذكر ان قوله ان تخلص بلا ضرر لا تعلق له بنقد الخمسين بل هو جواب شرط محذوف تقديره وان تفرقا بلا قبض صح في السيف ان تخلص بلا ضرر والا بطل فيهما قال شيخنا وما قاله شيخنا يعني الشيخ شاهين جواب عن اعتراض عزمي زاده عليه واعلم ان صاحب الدرر وقع فيما وقع من متابعة الوقاية ونصها باع سيفا حليته خمسون وتخلص بلا ضرر بمائة ونقد خمسين فما نقد ثمن الفضة الخ فقوله وتخلص بلا ضرر يوهم ان ذلك شرط فيما اذا نقد الخمسين وليس كذلك بل انما ذكره توطئة لقوله بعده فان افترقا بلا قبض بطل في الحلية فقط وان لم تخلص بطل اصلا انتهى واشار بقوله بطل في الحلية فقط الى ما صرح به في الدرر ومتنه من أنه يصح في السيف ان تخلص بلا ضرر كطوق الجارية قال في النهر لانه حينئذ يقدر على تسليمه كبيع الجارية مع الطوق وقوله والا بطل أصلا لتعذر تسليمه بلا ضرر كبيع جذع من سقف والحاصل انه لا وجه لاشتراط التخلص بلا ضرر اذا نقد حصة الفضة لكون البيع صح في الجميع بخلاف ما اذا افترقا لا عن قبض حيث لا يجوز البيع في الجميع بل فيما عدا الصرف فقط ان امكن التخلص بلا ضرر ومن هنا تعلم ان عبارة الكنز لا ايهام فيها بخلاف عبارة الدرر والوقاية وكذا صدر عبارة التنوير موهم أيضا (قوله أو قال من ثمنهما) لان التثنية قد يراد بها الواحد قال تعالى نسيا حوتهما والناسي احدهما كما في الزيلعي وهو فتى موسى عليه السلام يوشع بن نون لكن في البيضاوي التصريح بنسبة النسيان لكل منهما حيث قال نسي موسى أن يطلبه و يتعرف حاله ويوشع أن يذكر له ما رأى من حياته ووقوعه في البحر روي ان موسى عليه السلام رقد فاضطرب الحوت المشوي ووثب في البحر معجزة لموسى أو الخضر وقيل توضأ يوشع من عين الحياة فانتضح الماء عليه فعاش و وثب في الماء وقيل نسيا تفقد أمره الى آخره فلو استدل الزيلعي بقوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما وهو البحر الملح كما نقله عزمي زاده عن شرح الهداية لكان أولى (تتمة) لو قال النصف من ثمن الحلية والنصف من ثمن السيف أو جعل الكل من ثمن السيف يكون عن الحلية لانهما كشئ واحد وفي المحيط لو قال خذ هذا من ثمن النصل خاصة ان لم يمكن التمييز الا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان وان امكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع فما في النهاية عن المبسوط من اطلاق فساد الصرف محمول على ما اذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقا بينه وبين ما في المحيط زيلعي و في الدر وكذا لو قال هذا المعجل حصة السيف لانه اسم للحلية أيضا لدخولها في بيعه تبعا ولو زاد خاصة فسد البيع لازالة الاحتمال اه مفاده انه لو قال هذا المعجل حصة الامة فسد البيع وان لم يقل خاصة لان الطوق ليس من مسمى الامة بخلاف الحلية فان قلت قوله في

(فهو) أي المقبوض (حصتها وان لم يبين) المشترى عند نقد الالف او الخمسين انه حصة الطوق او الحلية (او قال) أي وان قال المشترى عند نقد الالف او الخمسين انه (من ثمنهما) أي من ثمن الطوق والامة او الحلية والسيف (ولو افترقا بلا قبض) الثمن (صح) البيع (في السيف دونها)

الدر

الدر ولو زاد خاصة فسد البيع الخ ظاهره الفساد مطلقا سواء كانت الحلية تتخلص بلا ضرر اولا فيخالف ما مر عن الزيلعي قلت ما ذكره في الدر عزاه في النهر الى السراج وقال انه يحمل على ما اذا تخلصت بلا ضرر (قوله ان تخلص الحلية عن السيف) صوابه السيف عن الحلية حموى للقدرة على تسليمه شيخنا (قوله والا بطلا) لتعذر تسليم السيف بلا ضرر كبيع جذع من سقف نهر (قوله أى وان لم تتخلص عن السيف الى آخره) صوابه يتخلص عن الحلية حموى (قوله وهذا اذا كانت الفضة الخ) فيه ان فرض المسئلة ان الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه وأجيب بأنه عمم الكلام لبيان الاقسام الاخر اذ الفضة المفرزة اما ان تكون اكثر أو اقل أو مساوية أو جهل الحال حموى عن الاكمل (قوله بطل العقد فيهما) للربا عيني (قوله خلافا لزفر) لان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض فالم يعلم يكون العقد محكوما بجوازه ووجه الاول ان العلم بالمساواة عند العقد شرط لصحة البيع لاحتمال ان يكون أقل منه او مثله أو اكثر فحصل الفساد من وجهين فترجحت جهة الفساد بالكثرة والحرمة زيلعي (قوله وقبض بعض ثمنه) سكت عن التقييد بقبض الاناء لظهوره لان الصرف لا بد لصحته من قبض كل من بدليه (قوله صح فيما قبض) لوجود شرط الصرف فيه وبطل فيما لم يقبض ولا يشيع الفساد في الكل لانه طارئ بعد صحة العقد نهر (قوله والاناء مشترك) ولا يثبت للمشترى خيار عيب الشركة لانها جاءت من قبله بعدم النقد قبل الافتراق زيلعي (قوله والمسئلة بحالها) أى بعد البيع وقبض بعض الثمن لكن نظر فيه السيد الحموى ولم يبين وجهه ووجهه شيخنا بأن جعلها بنائية لا داعى اليه مع ان فيه قصورا واما جعلها ابتدائية فيعم الصورتين صورة كون الاستحقاق قبل القبض أو بعده انتهى فان قلت يلزم على قول الشارح والمسئلة بحالها ثبوت عيب الشركة قبل ظهور الاستحقاق وحينئذ فلا يكون للاستحقاق تأثير في اثبات هذا العيب قلت لا نسلم ذلك لان المراد ظهور الاستحقاق قبل تفرق العاقدين يدل عليه قوله في التنوير فان أجاز المستحق جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشترى ويسلمه له اذا لم يتفرقا بعد الاجازة الخ فقوله اذا لم يتفرقا بعد الاجازة يفيد ان الاستحقاق ثبت قبل التفرق (قوله فهو بالخيار) لان عيب الشركة عند ثبوت الاستحقاق لا صنع له فيه بخلاف ما سبق واعلم ان التعليل بأنه لا صنع له فيه يفيد انه لا خيار له اذا ثبت الاستحقاق باقراره لا بالبينة وبه صرح في الدر قلت ويتفرع على ثبوت الاستحقاق باقراره عدم رجوعه على البائع بالثمن (قوله قطعة نقرة) هى قطعة فضة مذابة كذا في الديوان وعليه فالاضافة من اضافة الجنس الى النوع عيني وفي المغرب النقرة القطعة المذابة من الذهب او الفضة ويقال نقرة فضة على الاضافة للبيان نهر (قوله بلا خيار) لان الشركة في النقرة لا تعد عيبا لان التشقيص لا يضرها هذا اذا استحق بعد القبض ولو كان قبله ثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام شرنبلالية (قوله وصح بيع درهمين ودينار الخ) بجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه فتقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم عيني (قوله بضعفهما) بأن يبيعهما بكرى بر وكرى شعير فيجعل كر بر بكر شعير وكر شعير بكر بر عيني ثم الاصل في هذا الباب ان احد البدلين تجب قسمته على البدل الآخر وتظهر فائدته في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة ثم ان كان العقد مما لا ربا فيه فان لم تتفاوت آحاده فالقسمة على الاجزاء وان كانت تتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان مما فيه الربا تجب قسمته على الوجه الذى يصح فيه العقد لا غير زيلعي واسم الاشارة في قوله ثم الاصل في هذا الخ يعود على البيع المطلق وقوله فان لم تتفاوت آحاده فالقسمة على الاجزاء كان اشترى عددا من بيض وجوز بمثله من تفاح وكمثرى فالتفاح والكمثرى يكونان مقسومين على أجزاء البيض والجوز حتى اذا ظهر كون البيض مذرا رجع المشترى بما اصابه من قسمة التفاح والكمثرى وقوله وان كانت تتفاوت فالقسمة على القيمة كان اشترى جارية وعبدا بفرس وثوب ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد من الثوب والفرس جميعا وقوله ووجوب الشفعة صورته اشترى دارا وثوبا بعبد وفرس كان

ان تخلص) الحلية عن السيف (بلا ضرر والا) أى وان لم يتخلص عن السيف الا بضرر (بطلا) أى عقدهما وهذا اذا كانت الفضة المفرزة أزيد مما فيه بان كانت فضة الحلية خمسين درهما والفضة المفرزة مماثلة لفضة الحلية فى القدر أو اقل بان كانت اربعين درهما بطل العقد فيهما وكذا اذا لم يعلم قدر الحلية خلافا لزفر (ولو باع اناء فضة) بفضة أو ذهب (وقبض) البائع (بعض ثمنه وافترقا) بالابدان (صح) البيع (فيما قبض) وبطل فيما لم يقبض (والاناء مشترك بينهما وان استحق بعض الاناء) والمسئلة بحالها فهو بالخيار ان شاء (اخذ المشترى ما بقى) من الاناء (بقسطه) من الثمن وان قل (اورد) ما اشتراه (ولو باع قطعة نقرة) فضة وقبض بعض ثمنها وافترقا صح العقد فيما قبض والقطعة مشتركة بينهما (فان استحق بعضها اخذ) المشترى ما بقى من النقرة (بقسطه بلا خيار) وطرح بعض الصورة استغناء بما ذكر قبله ولو لم تجعل هذه المسئلة مثل المسئلة الاولى يصح فتكون حينئذ مسئلة ابتدائية (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينار و) بيع (كر بر وشعير بضعفهما) استحسانا

لشفيع الدار أخذها بما يصيبها من قسمة قيمة العبد والفرس على قيمة الدار والثوب وقوله تجب قسمته على الوجه الذي يصح العقد فيه لا غير بان يصرف الجنس الى خلاف جنسه قال في النهاية مثاله اذا باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار صح العقد فتكون الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بازاء الدينار وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما في مسئلة الكتاب بأن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم صح العقد ويجعل كل جنس بمقابلة الجنس الآخر انتهى شيخنا (قوله وقال زفر والشافعي لا يصح) لان مقابلة الجملة بالجملة تقتضي الانقسام على الشيوع لا على التعيين ففي حمله على خلاف الجنس تغيير له فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لان تغيير التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف ولنا ان في صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد والى جنسه فساده ولا معارضة بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع بأصله ووصفه والفاسد مشروع بأصله دون وصفه ولان العقد يقتضي مطلق المقابلة من غير أن يتعرض لقيد لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه فيحمل على المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق ولئن كان تغييرا فهو تغيير للوصف لا تغيير لاصل المقابلة اذهي موجودة لان أصل المقابلة فيه افادة الملك في الكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير زيلعي ونهر وافاد الزيلعي انه لو قال عند البيع على ان يكون الجنس مقابلا بالجنس صح يعني اجماعا (قوله وصح بيع احد عشر الخ) اردف هذه المسئلة وان علمت مما قبلها بالبيان ان صرف الجنس الى خلاف جنسه لا فرق فيه بين أن يوجد الجنسان في كل من البدلين أو أحدهما نهر (قوله وصح بيع درهم صحيح الخ) لانهما جنس واحد فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف وفيه خلاف زفر والشافعي عيني (قوله بدرهمين صحيحين) لما سبق من ان الصحيح من جنس الغلة فالمدار على التساوي قدرا وهو حاصل بجعل ثلاثة دراهم عوضا عن ثلاثة (قوله الغلة ما يأخذه التجار الخ) وقيل هي الدراهم المقطعة ولا تنافي بينهما لاحتمال انها التي يردها بيت المال نهر عن الزيلعي ولهذا نقل عزمي عن النهاية ان الغلة ما يرده بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا انتهى (قوله وصح بيع دينار بعشرة دراهم عليه) وتقع المقاصة بنفس العقد لانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعينها بالقبض وذلك جائز اجماعا كما في الزيلعي لان التعيين للاحتراز عن الربا أي ربا النسيئة ولا ربا في دين سقط انما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته ولهذا لو تصارفا دراهم دينا بدنانير دينا صح لفوات الخطر ولا فرق بين أن يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف أو حصل بعده يعني قبل الافتراق كما في النهر وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين سيجب والاول هو الاصح لان التقاص هو الذي يتضمن الفسخ للصرف الاول وانشاء صرف آخر فيكتفي بوجود الدين عنده لانه يكون عقدا جديدا من ذلك الوقت من غير استناد الى ما قبله فلا حاجة الى سبق وجوبه واعلم ان ما ذكره الزيلعي من عدم الفرق في الدين بين أن يكون موجودا قبل عقد الصرف أو حصل بعده انما هو فيما اذا بيع الدينار بعشرة مطلقة شيخنا صورة التقاص بدين حادث ان يبيعه دينارا بعشرة ثم يحدث لمشتري الدينار عشرة على البائع بأن باع منه ثوبا بعشرة فيتقاصان في المجلس وقول العيني وهنا صورة أخرى صوابه صورته فان قلت ما ذكره العيني من التصوير للدين الحادث يشكل بما سبق في المتن حيث قال فلو باع دينارا بدراهم واشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب بناء على ما قدمناه من فساد بيع الثوب ولو كان اشتراه ممن عقد معه الصرف قلت ما سبق مفروض فيما اذا اشترى الثوب بالدراهم التي هي بدل الدينار بخلاف ما هنا فان العشرة التي اشترى الثوب بها مطلقة فكانت غير العشرة التي هي بدل الدينار ولهذا احتيج للتقاص فوضح الفرق وفي البحر عن الفقيه أبي الليث اذا استقرض بائع الدينار بعشرة عشرة من المشتري أو غصب منه صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض انتهى أما نفقة الزوجة ففي وقوع المقاصة بها اذا كان للزوج عليها دين لا بد له من التراضي بحرا يضا عن فروق الكرابيسي (قوله وقال زفر لا يصح) لكونه استبدالا ببدل الصرف وجه الاستحسان انهما لما تقاصا انفسخ

وقال زفر والشافعي لا يصح قياسا
(و) صح بيع (احد عشر درهما
بعشرة دراهم ودينار) بان جعلت
العشرة بمثلها والدينار بدرهم (و)
صح بيع (درهم صحيح ودرهمين غلة
بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) الغلة
ما يأخذه التجار ويرده بيت المال (و)
صح بيع (دينار بعشرة دراهم عليه) أي
على البائع (او بعشرة مطلقة ودفع
الدينار) في الصورتين (وتقاصا
العشرة بالعشرة) فيسقط حق المطالبة
وصحت المقاصة في الثانية استحسانا
وقال زفر لا يصح وهو القياس

الاول وانعقد صرف آخر مضاف الى الدين لانه مما لما ان غيرا موجب العقد فقد فسخاه الى آخر اقتضاء كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الاول وفيه كلام للفتح يعلم بمراجعة النهر (قوله وغالب الفضة الخ) لانهما لا يخلوان عن قليل غش للانطباع فيكون الحكم للغالب عيني (قوله فصح بيعها بجنسها متفاضلا) أي بالمغشوش مثلها عددا أو وزنا لان الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة أو الذهب الذي في الآخر فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف الجنس واذا بيعت بالفضة الخالصة او الذهب الخالص لابد وان يكون الخالص اكثر من الفضة أو الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش والحاصل انهم اعتبروا الفضة او الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه الا على طريق الاعتبار ولم يعتبروا الغش المغلوب بالفضة أو الذهب فجعل كان كله فضة او ذهب ومنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما ان الفضة المغلوبة او الذهب المغلوب موجود حقيقة حالا من حيث اللون ومآلا بالاذابة بخلاف الغش المغلوب فيهما لانه يحترق ويهلك ولا لون له في الحال فلا يمكن اعتباره حتى لو عرف ان الفضة او الذهب في الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه شئ كان حكمه كحكم النحاس الخالص فلا يكون للفضة او الذهب فيه اعتبار اصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا وكذا لا يجوز التفاضل في الغطارفة والعدالى وان كان الغالب فيهما الغش لانها أعز الاموال في ديارهم زيلعي والغطارفة هي الدراهم الغطريفية وهي المنسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان ايام الرشيد وقيل خال هارون الرشيد عناية (قوله أي بيع الدراهم او الدنانير الخ) اعلم ان ماذكره الشارح حيث جعل الضمير في قول المصنف فصح بيعها للدراهم او الدنانير التي غلب عليها الغش هو الظاهر من كلام المصنف خلافا للعيني حيث جعل الضمير لغالب الغش قال وانما أنث الضمير باعتبار الفضة انتهى لان ما غلب غشه لم ينحصر في الفضة (قوله ولكن يشترط التقابض) لانه صرف في البعض لوجود الفضة او الذهب من الجانبين ويشترط في الغش أيضا لانه لا يتميز الا بضرر زيلعي (قوله وزنا وعددا او بهما) لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة لانه لما كان الغالب فيهما الغش صارت كالفلوس فتعتبر العادة حتى اذا كانت تروج بالوزن فبالوزن وان بالعدد فبالعدد وان بهما فبكل واحد منهما عيني (قوله ولا تتعين بالتعيين) فلو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد نهر (قوله مادامت تروج) لانها بالاصطلاح صارت أثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضي زيلعي (قوله وتتعين بالتعيين الخ) لانها سلعة في الاصل وانما جعلت أثمانا بالاصطلاح فاذا تركوا المعاملة بها رجعت الى اصلها حتى لو هلكت قبل القبض بطل العقد هذا اذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين ان الآخر يعلم والا فالبيع يتعلق بالدراهم الرائجة لا بالمشار اليه من هذه الدراهم التي لا تروج وان كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي مثل الزيوف والنبهرجة لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها وان كان البائع يعلم بحالها وباعه بها على ظن انها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لوجود الرضا بها في الاول وعدمه في الثاني وما في الزيلعي من تأنيث الضمير حيث قال ولعدمها في الثاني كذا بخطه والظاهر تذكير الضمير شيخنا عن الشلبي (قوله والمتساوي) كغالب الفضة في التبايع حتى لا يجوز البيع بها الا بالوزن ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لانها ثمن فلم تتعين زيلعي وغيره ومنه يعلم ما في الشارح من الخلل حيث شرح التبايع بقوله حتى لا يصح بيعها بالخالصة الا متساويا وزنا وكان المناسب ذكر هذا بعد قوله وفي الصرف كغالب الغش كما فعل العيني شيخنا ثم اعلم ان ماذكره الشارح حيث اشترط التساوي وزنا لا ينافي ما في الزيلعي وغيره كالعيني حيث قال ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة اكثر مما فيه من الفضة الخ لانه اذا كان وزن الخالص مساويا لوزن المغشوش يلزم ان يكون الخالص اكثر مما في المغشوش فلا تخالف (قوله حتى لا يصح الاستقراض بها الخ) الظاهر ان يقال حتى لا يصح استقراضها الخ (قوله وفي الصرف كغالب الغش) مقتضاه جواز بيعها بجنسها متفاضلا كما ذكره الشارح وغيره ويصرف

(وغالب الفضة والذهب فضة
وذهب حتى لا يصح بيع) الفضة
الخالصة بها) أى بغالب الفضة
(ولا) يصح (بيع بعضها ببعضها) أو
بالخالصة أى ببيع بعض الدراهم التى
غلب عليها الفضة ببعض الدراهم
التى غلب عليها الفضة (الا متساويا
وزنا ولا يصح الاستقراض بها) أى
بالدراهم والدنانير التى غلب عليها
الفضة والذهب (الا وزنا وغالب
الغش) من الذهب والفضة (ليس فى
حكم الدراهم والدنانير فصح بيعها)
أى بيع الدراهم والدنانير التى غلب
عليها الغش (بجنسها متفاضلا)
و بصرف الجنس الى خلاف الجنس
ولكن يشترط التقابض (و) صح
التبايع والاستقراض بما يروج) من
الدراهم والدنانير التى غلب عليها
الغش (وزنا أو عددا) أو بهما (ولا
تعين) الدراهم والدنانير التى غلب
عليها مادامت تروج (بالتعيين
لكونها اثمانا وتتعين بالتعيين ان
كانت لا تروج والمتساوى كغالب
الفضة فى التبايع) حتى لا يصح بيعها
بالخالصة الا متساويا وزنا (و) فى
(الاستقراض) حتى لا يصح
الاستقراض بها الا وزنا (وفى الصرف
كغالب الغش)

الجنس الى خلاف جنسه وهو مخالف لما ذكره قاضيخان حيث قال ان كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز التفاضل بناء على ما هو الظاهر من انه أراد به ما اذا بيعت بجنسها ووجهه كما في الزيلعي ان فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كان كلها فضة في حق الصرف احتياطا انتهى (قوله فيصح بيعها بجنسها متفاضلا) لا يخالف ماذكره العيني وغيره كالزيلعي حيث ذكر بدل قوله متفاضلا على وجه الاعتبار اذ معنى الاعتبار ان يصرف الجنس الى خلاف جنسه كما ذكره الحموي فما اعترض به الشيخ شاهين على العيني حيث قال قوله على وجه الاعتبار فيه تأمل مع قول المتن كغالب الغش وغالبه يباع متفاضلا ويصرف الجنس لخلافه انتهى ساقط (قوله أي بغالب الغش) فاذا اشترى بالدراهم ثم كسدت او انقطعت يعني عن أيدي الناس بطل البيع ويجب على المشتري رد المبيع ان كان قائما ومثله ان كان هالكا وكان مثليا والا قيمته وان لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وهذا عند الامام بحر (قوله نافقة). في البحر عن المصباح نفقت الدراهم نفقا من باب تعب نفدت ويتعدى بالهمزة فيقال أنفقها انتهى (قوله وكسد) او انقطع من أيدي الناس وحد الكساد ان يترك الناس المعاملة بها في جميع البلاد وان كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم ترج في بلدهم فيخير البائع ان شاء أخذه وان شاء اخذ قيمته وحد الانقطاع ان لا يوجد في السوق وان كان يوجد في يد الصيارفة وفي البيوت وفي الفتاوى الصغرى تفسير الكساد ان لا تروج في جميع البلدان على قول محمد أما عندهما الكساد في بلده يكفي لفساد البيع في تلك البلدة عيني قيد بالكساد لانها لو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وكذا لو غلت وازدادت ولا يتخير المشتري وفي الخلاصة والبزازية غلت الفلوس او رخصت فعند الامام الاول والثاني اولا ليس عليه غيرها وقال الثاني ثانيا عليه قيمتها يوم البيع والقبض وعليه الفتوى انتهى أي يوم البيع في البيع ويوم القبض في القرض نهر واعلم ان الضمير في قوله قيد بالكساد لانها الخ للدراهم التي غلب غشها وحينئذ فما ذكره مما يقتضي لزوم المثل بالاجماع بعد الغلاء والرخص حيث قال فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع الخ لا ينافي حكاية الخلاف عن الخلاصة والبزازية فيما اذا غلت الفلوس او رخصت هل يلزمه القيمة اوليس عليه غيرها هذا حاصل ما أشار اليه شيخنا من التوفيق قال واذا علم الحكم في الثمن الذي غلب غشه اذا نقصت قيمته قبل القبض كان الحكم معلوما بالاولى في الثمن الذي غلب جيده على غشه اذا نقصت قيمته لا يتخير البائع بالاجماع فلا يكون له سواه وكذا لو غلت قيمته لا يتخير المشتري بالاجماع قال واياك ان تفهم ان خلاف أبي يوسف جار حتى في الذهب والفضة كالشريفي البندقي والمحمدي والكلب والريال فانه لا يلزم لمن وجب له نوع منها سواه بالاجماع فان ذلك الفهم خطأ صريح ناشئ عن عدم التفرقة بين الفلوس والنقود (قوله بطل البيع عنده) لان الثمن يهلك بالكساد فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل ثم بطلان البيع مقيد بما اذا لم يكن الثمن مشارا اليه وفي النكاح يلزمه قيمة تلك الدراهم التي غلب عليها الغش وقد كسدت او انقطعت او كانت جيدة فكسدت أو انقطعت وأما اذا غلت او رخصت فليس على الزوج سوى ما سمى منه في العقد ويطالب بالعيار الذي كان وقت العقد شيخنا بقي ان يقال ماذكره في النهر بعد ان حكى عن الخلاصة والبزازية الخلاف فيما اذا غلت الفلوس أو رخصت هل يلزمه القيمة أوليس عليه غيرها من قوله قال البزازي والاجارة كالبيع والدين على هذا يوهم انه من تعلقات الغلاء والرخص وليس كذلك لان البزازي انما اورد ذلك في المنقطع المساوي حكمه للكساد كذا نبه عليه شيخنا (قوله والا يرد قيمته) ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا حموي (قوله وعند أبي يوسف عليه قيمة غالب الغش) لان العقد قد صح وانما تعذر التسليم بعده بالكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج واذا لم يبطل البيع تجب قيمته لكن تعتبر قيمته يوم البيع عند ابي يوسف لان الثمن صار مضمونا به وعند محمد تعتبر قيمته يوم الكساد وهو آخر ما تعامل الناس بها لانه يوم الانتقال الى القيمة زيلعي قيل الفتوى على قول أبي يوسف وقيل على قول محمد رفقا بالناس نهر وقول

ويصح بيعها بجنسها متفاضلا ويشترط
التقابض في المجلس (ولو اشترى به)
أي بغالب الغش (أو بفلوس نافقة)
أي رائجة (شيئا وكسد) وترك الناس
المعاملة بها قبل دفعها الى البائع
(بطل البيع) عنده فيرد المبيع
ان كان قائما والا يرد قيمته وعند
أبي يوسف عليه قيمة غالب الغش
يوم البيع وقال محمد عليه قيمته آخر
ما تعامل الناس به

محمدا نظر فى حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع أقل وقول أبى يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف الا بحرج زيلعى (قوله وصح البيع بالفلوس النافقة) لانه ثمن بالاصطلاح درر وما فى الشر نبلالية من قوله كان الاولى ان يقال لانها تعقبه شيخنا بان مراعاة الخبر أولى من مراعاة المرجع انتهى (قوله وان لم تعين) لانها أثمان بل لو عينها لا تتعين الا اذا قال أردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بحر ونهر (قوله حتى يعينها) لانها سلع فلا بد من تعيينها ولو اشترى شيئا بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل ان ينقدها وقد قبض المبيع فسد البيع وروى عن أبى يوسف انه قال عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع عينى قال شيخنا يتطرق وجه تخصيص أبى يوسف بهذه الرواية فانه قد سبق من العينى التنصيص على عدم فساد البيع عندهما وعند بقية المذاهب ذكر ذلك عقب قول المتن ولو اشترى به او بفلوس نافقة شيئا وكسدت بطل البيع ولا وجود لهذه الرواية فى الزيلعى اهـ (قوله وعندهما تجب قيمتها) لانه لما تعذر ردها كما قبض ببطلان وصف الثمنية وجب رد قيمتها وله انه اعارة وموجبه رد الجنس يعنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به كما فى النهر وقوله اذ القرض لا يختص به اى بالثمن المفهوم من الثمنية واما اذا استقرض دراهم غالبة الغش ففى قياس قول ابى حنيفة رضى الله تعالى عنه عليه مثلها وقال الثانى عليه قيمتها من الذهب يوم القرض فى الفلوس والدراهم وقال محمد فى آخر وقت نفاقها نهر ايضا وقوله واما اذا استقرض دراهم غالبة الغش يعنى فكسدت كما يدل عليه سياق كلامه ومحل الخلاف فيما اذا هلكت ثم كسدت اما لو كانت باقية فانه يرد عينها اتفاقا كما فى الشر نبلالية عن شرح المجمع واعلم ان تقييد الاختلاف فى رد المثل او القيمة بالكساد يشير الى انها اذا غلت او رخصت وجب رد المثل بالاتفاق وقد سبق نظير ذلك فيما اذا اشترى بغالب الغش او بفلوس نافقة شيئا ثم غلت او رخصت حيث نص فى النهر على ان البيع على حاله بالاجماع وانه لا يتخير البائع ولا المشترى واعلم انه استفيد من كلام النهر ان تقييد الكساد بافلس القرض ليس احترازيا بدليل انه حكى الاختلاف فى رد المثل او القيمة فيما اذا كان القرض الذى كسد مما غلب غشه وانظر حكم ما اذا اقترض من فضة خالصة او غالبة او مساوية للغش ثم كسدت هل هو على هذا الاختلاف او يجب رد المثل بالاتفاق (قوله او بدانق) هو سدس درهم والقيراط نصف السدس بحر (قوله صح) وعليه من الفلوس ما يباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم او بربعه لان ما يباع من الفلوس بين الناس بنصف درهم ونحوه معلوم فاغنى العلم به عن العدد ولو اشترى شيئا من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك فى القياس هذا لفظ محمد فى الاصل ولكن لم يصرح بالجواز وعدمه وقال فى المختلف والحصر وعن ابى يوسف انه يجوز وعن محمد انه لا يجوز عينى والاصل هو المبسوط لمحمد والمختلف والحصر كلاهما شرح منظومة النسفى والمذكور فى غير المبسوط خلاف ظاهر الرواية عن محمد لانه اذا كان المدار انما هو على العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعقد فلا فرق بين ما دون الدرهم والدراهم فضلا عن الدرهم نهر (قوله وقال زفر لا يصح فى الكل) لان الفلوس معدودة ونصف الدرهم ونحوه كالدانق والقيراط وزنى فذكرها لا يغنى عن بيان العدد فبقى الثمن مجهولا ولنا ما سبق وهو انه اراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم فاغنى عن ذكر العدد نهر بقليل زيادة (قوله وقال محمد يصح فيما دون الدرهم الخ) لان الجواز للعادة ولم توجد فى الدرهم وقال أبو يوسف يجوز فى الكل لانه معلوم عند الناس ولا تتفاوت قيمة الفضة من الفلوس زيلعى وقول ابى يوسف هو الاصح بحر عن الكافى والمجتبى (قوله صح الصرف) أى فيهما الا انه لما لم يكرر لفظ نصفه بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم و بنصف درهم الا حبة كان نصف درهم الا حبة بمثله من الفضة والباقى بازاء الفلوس حتى لو كرره والمسئلة بحالها بطل فى الكل على قياس قول الامام لان الفساد قوى مقارن للعقد فيشيع وعندهما صح فى الفلوس و بطل فيما يقابل الفضة لان بيع نصف درهم بالفلوس صحيح و بيع النصف بنصف الا حبة فاسد للربا ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما فى ان الفساد يخص النصف الآخر

(وصح البيع بالفلوس النافقة)
الرائجة (وان لم تعين وبالكاسدة لا)
يعم (حتى يعينها ولو كسدت) اى لو
استقرض فلوسا فكسدت (افلاس
القرض يجب رد مثلها) أى مثل
افلاس القرض عند أبي حنيفة
وعندهما تجب قيمتها ولكن عند ابي
يوسف تعتبر قيمته يوم القبض وعند
محمد يوم الكساد (ولو اشترى شيئا
بنصف درهم فلوس) او بدانق فلوس
(صح) وعليه من الفلوس ما يباع
بنصف درهم ونحوه وقال زفر لا يصح
فى الكل وقال محمد يصح فيما دون
الدرهم لا فى الدرهم (ولو اعطى)
رجل (صيرفيا) اى صرافا (درهما
وقال اعطنى به) اى بذلك الدرهم
(نصف درهم) حال كون النصف
(فلوسا ونصفا الا حبة صح) الصرف

لانه مبايعة ان لم تعدد الصفقة وهذا هو المختار كما في النهر خلافا لما حكى عن بعض المشايخ انه لا يجوز واصل الخلاف ان العقد عنده يتكرر بتكرر اللفظ أي لفظ اعطني وعندهما بتفصيل الثمن كما في الزيلعي فان قلت قد استفيد من كلامهم انه اذا قال له اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة يشيع الفساد في الكل عند الامام وفي الفضة فقط عندهما وهكذا يفهم من كلام القدوري على ما نقل عنه العيني حيث قال وقال القدوري ومن اعطى الصيرفي درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما فتقييده بقوله عندهما يحترز به عما ذهب اليه الامام من ان الفساد يشيع في الكل فلا شيء قال ابونصر الاقطع هذا غلط من الناسخ لان العقد فيه فاسد عند ابي حنيفة في الكل وعندهما جائز في الفلوس فاسد في قدر النصف الا حبة الخ ما نقله عنه العيني مع ان ما جعله الاقطع وجها لدعوى الغلط وهو فساد العقد في الكل عند الامام يستفاد من كلامه وان لم يصرح به قلت ذكر شيخنا ما به يزول الاشكال حيث قال الظاهر ان اسم الاشارة راجع الى اطلاق التفصيل عن قيد قول القدوري عندهما لكون النسخة التي شرح عليها الاقطع خالية عن قيد التفصيل بلفظ عندهما فنسبه الاقطع الى الناسخ لثبوته في خط القدوري انتهى (تتمة) ذكر بعضهم بيع الوفاء هنا وصورته ان يبيعه العين بالف على أنه ان رد عليه الثمن رد عليه العين ثم ان ذكر الفسخ فيه او قبله او زعماه غير لازم كان بيعا فاسدا ولو بعده على وجه الميعاد جاز ولزم الوفاء به لان المواعيد قد تكون لازمة لحاجة الناس وهو الصحيح كما في الكافي والخانية ولو استأجره بائعه لا يلزمه الاجر لانه رهن حكما وفي فتاوى ابن الحلبي ان صدرت الاجارة بعد قبض المشتري المبيع وفاء فهي صحيحة والاجرة لازمة مدة التأجير انتهى وعليه فلو مضت المدة وبقي في يده افتى علامة الروم بلزوم أجر المثل وفي البزازية ولو باعه المشتري فللبائع او ورثته حق استرداده وافاد في الشرنبلالية ان ورثة كل من البائع والمشتري تقوم مقام مورثه نظرا لجانب الرهن كذا في الدر والحاصل أن في بيع الوفاء تسعة اقوال منها قول جامع لبعض المحققين وهو انه فاسد في بعض الاحكام حتى ملك كل منهما الفسخ وصحيح في بعض الاحكام كحل الانزال ومنافع المبيع ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه قال صاحب البحر بعد نقله وينبغي ان لا يعدل في الافتاء عن القول الجامع انتهى قال في الشرنبلالية وهو يفيد ان ورثة البائع يقومون مقامه كورثة المشتري نظرا لجانب الرهن انتهى وتعقبه شيخنا بما ذكره احمد بن يونس في فتاواه من انه اذا مات البائع انقطع حكم الشرط بموته لانه بيع فيه اقالة وشرطها بقاء المتعاقدين ولانه بمنزلة خيار الشرط وهو لا يورث انتهى واعلم ان ما في الدرر عن مجموع النوازل يوهم عدم لزوم الوفاء بالوعد وانه بيع من كل وجه وليس كذلك ولهذا قيد شيخنا اطلاق قوله وذكر في مجموع النوازل اتفق مشايخنا في هذا الزمان على صحته بيعا بقوله اي مقيدا ببعض احكامه وهو الانتفاع به دون البعض لحاجة الناس ولتعاملهم قال صاحب النهاية وعليه الفتوى الخ ثم رأيت التقييد الذي نقله شيخنا عن النهاية مصرحا به في جامع الفتاوى ايضا ونصه ملخصا اتفق مشايخنا في هذا الزمان على جوازه بالنسبة لبعض الاحكام وهو الانتفاع به لحاجة الناس اليه ولتعاملهم قال صاحب النهاية وعليه الفتوى فاستفيد من كلام صاحب النهاية ان ما ذكره في الدرر عن مجموع النوازل ليس على اطلاقه وكذا يستفاد هذا أيضا من عبارة الفصول على ما نقل عنه في جامع الفتاوى أيضا ونصه ان لم يكن الشرط في العقد فجعله بيعا صحيحا في حق المشتري حتى ينتفع بالمبيع كسائر املاكه ورهنا في حق البائع حتى لم يجز بيع المشتري المبيع ويجبر المشتري على قبول الثمن ورد المبيع على بائعه لان هذا البيع مركب منهما كهبة بشرط العوض وكثير من الاحكام له حكمان لحاجة الناس حذرا عن الربا الخ واستفيد أيضا ان بيع الوفاء لا شفعة فيه وبه صرح القهستاني معزيا لقاضيخان معللا بان حق البائع لم ينقطع اصلا واعلم ان ما في النهاية يحمل على ما ذكره في الفصول من التقييد بعدم ذكر الشرط في العقد لما علم من ان ذكره في العقد يفسده اذا

علمت

علمت هذا ظهر ان ماذكره في الدرر على وجه التعليل لما ذكره في مجموع النوازل بقوله لانهما تلفظا بلفظ البيع من غير ذكر شرط فيه أي من غير ذكر الشرط في صلب العقد وليس المراد عدم ذكر الشرط اصلا بقي ان يقال اذا كان المبيع امة بناء على القول بان بيع الوفا يجري في المنقول لا يحل لكل واحد من البائع والمشتري وطؤها التعلق حق كل منهما بها فكانت في معنى المشتركة وحل الوطء يستدعي ملكا من كل وجه وكذا اذا اشتراها فاسدا وقبضها باذن البائع تثبت احكام الملك كلها الا انه لا يحل وطؤها وبالوطء يضمن عقرها وكذا لا يحل الاكل ولا اللبس ولا شفعة للشفيع اذا كان المبيع عقارا كذا في الاشباه من كتاب البيوع ببعض تصرف وقوله ولا شفعة للشفيع يعني الا اذا سقط حق الفسخ كما سيأتي في محله وبهذا التقرير تعلم ان المراد بالانزال فيما سبق من حل الانزال ومنافع المبيع منفعة الاسكان بناء على ما رأيته لبعض الافاضل حيث ضبطه بكسر الهمزة والحامل له على هذا المحافظة على ماهو الاصل في العطف من كونه للمغايرة فيكون عطف منافع المبيع على الانزال من عطف العام على الخاص ولا شك في تحقق المغايرة بينهما خصوصا على مانقل عن سعدي شلبي من ان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ماعدا الخاص والاولى ان يكون بفتح الهمزة فيكون جمع نزل كما سبق فيما اذا غسل النحل بارض شخص لما في كسر الهمزة من ايهام مالا تصح ارادته وغاية مايلزم على فتح الهمزة ان يكون العطف من قبيل عطف البيان ولا مانع منه (فائدة) قال الرضي الى الآن لم يظهر لي فرق جلي بين بدل الكل من الكل وبين عطف البيان بل لا ارى عطف البيان الا بدل الكل وما قالوا في الفرق بينهما ان البدل هو المقصود بالنسبة دون متبوعه بخلاف عطف البيان فانه البيان أي فان المقصود بالنسبة هو البيان والبيان فرع المبين فيكون المقصود هو الاول فالجواب انا لا نسلم ان المقصود في بدل الكل هو الثاني فقط ولا في سائر الابدال الا بدل الغلط وقال بعض المحققين في جوابه الظاهر انهم لم يريدوا انه ليس مقصودا بالنسبة اصلا بل ارادوا انه ليس مقصودا اصليا والحاصل ان مثل قولك جاءني اخوك زيد ان قصدت فيه الاسناد الى الاول وجئت بالثاني تتمة وتوضيحا فالثاني عطف بيان وان قصدت فيه الاسناد الى الثاني وجئت بالاول توطئة له مبالغة في الاسناد فالثاني بدل وحينئذ يكون التوضيح الحاصل به مقصودا تبعا والمقصود أصالة هو الاسناد بعد التوطئة فالفرق ظاهر منلا جامي م

الى هنا انتهى الجزء الثاني من حاشية العلامة ابي السعود على منلامسكين ويليه الجزء الثالث اوله كتاب الكفالة

طبع بمطبعة جمعية المعارف على ذمة الجمعية